

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO

EXECUÇÃO DE SENTENÇAS COLETIVAS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS: TÉCNICA PROCESSUAL, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

CURITIBA

2021

JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO

EXECUÇÃO DE SENTENÇAS COLETIVAS SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS: TÉCNICA PROCESSUAL, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2021

F139e

Fachinello, João Antonio Tschá

Execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos: técnica processual, efetividade e eficiência [meio eletrônico] / João Antonio Tschá Fachinello. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: Sérgio Cruz Arenhart.

1. Processo civil - Brasil. 2. Acesso à justiça. 3. Efetividade. 4. Tutela. 5. Execuções (Direito). I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.91

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626

ATA Nº135

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e três de abril de dois mil e vinte e um às 10:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO**, intitulada: **Execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos: técnica processual, efetividade e eficiência**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ELTON VENTURI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), KAZUO WATANABE (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 23 de Abril de 2021.

Assinatura Eletrônica

23/04/2021 13:12:55.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

23/04/2021 10:16:13.0

ELTON VENTURI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

26/04/2021 19:59:21.0

KAZUO WATANABE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO** intitulada: **Execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos: técnica processual, efetividade e eficiência**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 23 de Abril de 2021.

Assinatura Eletrônica

23/04/2021 13:12:55.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

23/04/2021 10:16:13.0

ELTON VENTURI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

26/04/2021 19:59:21.0

KAZUO WATANABE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Aldo e Carmen, ambos absolutamente essenciais para a conclusão deste trabalho, pelo amor, suporte e incentivo que vocês me dedicaram durante toda essa jornada. Aos meus irmãos, Lidiane e Marcelo, e aos afins, Felipe e Milena, pela amizade, pelo apoio e pela compreensão. Todos são muito especiais e eu espero poder compartilhar muitas vitórias da vida ao lado de vocês.

Ao L.H.K., por ser amor, amigo e verdadeiro professor. A sua ajuda e sua correção neste trabalho foram apenas pequenas demonstrações de toda a bondade que existe em você. Ao Ermenegildo, por ser cãopanheiro e *fluffy*!

Aos meus amigos, pelo carinho e pelos conselhos sempre precisos e necessários. À Amanda, Camila, Bruno, Fernanda, Giovana, Kesller, Roberta e Yasmine, o Fachiclã: meu afeto por vocês só cresce e espero que completemos mais e mais décadas de amizade. Ao Leonardo Pellegrini, pela irmandade e pela confiança. Aos amigos dos mais diversos núcleos, Fernando Passarini, Guilherme Batalha, muito obrigado por serem tão presentes. À Caroline Paglia, Flávia Grupenmacher e Manoela Munhoz, que além de me proporcionarem amizades indispensáveis, colaboraram com a correção deste trabalho. À Lívia Losso, companheira de academia, pelas conversas mais sinceras e mais divertidas e que, de algum modo, auxiliaram no desenvolvimento das ideias expostas neste trabalho.

Ao Gabinete 602, do Tribunal de Justiça do Paraná, pela amizade e por conservarem um ambiente de trabalho tão prazeroso. Ao chefe, Desembargador Luis Sérgio Swiech, pelos ensinamentos no trabalho e pelos exemplos de vida.

Ao meu orientador, Sérgio Cruz Arenhart, que me acompanha desde 2016 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pelos ensinamentos brilhantes e por ser elo necessário da minha relação com o Processo Civil. Aos Professores Clayton Maranhão e Elton Venturi, que além de serem amigos, me proporcionaram aprendizado imensurável nas melhores disciplinas do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Ao Professor Kazuo Watanabe, por me presentear com a sua ilustre participação na banca de defesa deste trabalho.

A toda à UFPR, em especial ao Programa de Pós-Graduação em Direito e à biblioteca setorial, por viabilizarem a redação deste trabalho e por escreverem, junto comigo, mais esse capítulo tão importante da história da minha vida.

“(...) rights are practically meaningless in today's setting unless accompanied by the social rights necessary to make them effective and really accessible to all.”

Mauro Cappelletti

“Before the law sits a gatekeeper. To this gatekeeper comes a man from the country who asks to gain entry into the law. But the gatekeeper says that he cannot grant him entry at the moment. The man thinks about it and then asks if he will be allowed to come in later on. “It is possible,” says the gatekeeper, “but not now.” (...) The man from the country has not expected such difficulties: the law should always be accessible for everyone, he thinks, but as he now looks more closely at the gatekeeper in his fur coat, at his large pointed nose and his long, thin, black Tartar's beard, he decides that it would be better to wait until he gets permission to go inside. (...)”

Franz Kafka

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a análise crítica da normativa do processo coletivo sobre direitos individuais homogêneos prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito à tutela reparatória pecuniária nos casos de danos de massa. É desenvolvido o conteúdo dos princípios constitucionais da efetividade e da eficiência da tutela jurisdicional, enfatizando a importância da técnica processual e dos meios executivos adequados para a realização prática dos direitos e para o efetivo acesso à justiça. A partir disso, e considerando toda a normativa do microssistema de tutela coletiva, são identificadas premissas para uma liquidação e execução efetiva e eficiente de sentenças coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos, propondo-se, entre outros, a possibilidade de adequação e flexibilidade procedimental, a busca por soluções negociadas e a legitimidade ampla e forte dos substitutos processuais para a efetivação desses interesses. Ao final, são identificadas técnicas de liquidação e execução em espécie, a partir das premissas desenvolvidas, sugerindo adaptações de *lege lata* para o sistema de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Palavras-chave: efetividade processual; acesso à Justiça; eficiência processual; tutela coletiva; execução coletiva; direitos individuais homogêneos.

ABSTRACT

The present master degree's thesis aims at critically analyzing the Brazilian class actions' normative framework for adjudicating the so called homogeneous individual rights, as regulated by the Articles 91 to 100 of the Brazilian Consumer Protection Code, especially the pecuniary reparation for mass damages. To achieve this goal, firstly the thesis argue that the content of the constitutional principles of effectiveness and efficiency of jurisdictional protection should be developed, in order to emphasize the importance of adequate procedural techniques and adequate executive remedies for the actual realization of rights and for an effective access to justice. Based on those grounds, and considering the entirety of norms that encompasses the Brazilian class actions framework, the thesis proposes that for an effective and efficient ascertainability and the collective redress of damages, several solutions can be used, such as flexibility and procedural adequacy, incentives for negotiated solutions, and a more broadly and strong recognition of legitimacy of the plaintiffs, in order to achieve the promises made by the provisions of substantive law. Finally, the thesis identifies concrete techniques for settlement and execution, based on the premises previously set, suggesting *de lege lata* adaptations for the whole system of collective protection of homogeneous individual rights.

Keywords: procedural effectiveness; access to justice; efficiency; collective redress; collective execution; homogeneous individual rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O BINÔMIO “EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA” COMO CHAVE DE LEITURA PARA A EXECUÇÃO COLETIVIZADA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	15
1.1 EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	16
1.1.1 A jurisdição, da afirmação do direito à sua concreta implementação.....	18
1.1.2 Os movimentos de acesso à justiça e o direito à preordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos	26
1.1.3 A técnica processual em favor da tutela efetiva do direito material.....	31
1.1.4 A insuficiência da técnica da sentença condenatória e as reformas do Código de Processo Civil de 1973.....	35
1.1.5 Elementos em favor da efetividade no sistema processual.....	50
1.1.5.1 Adaptabilidade procedimental: dos procedimentos especiais típicos à construção do procedimento adequado ao caso concreto	51
1.1.5.2 Atipicidade dos meios executivos para a efetivação das obrigações de pagar	59
1.1.5.3 A efetividade do processo em seu extremo: tendências de desjudicialização da execução	66
1.2 EFICIÊNCIA DO PROCESSO: DA CONSTITUIÇÃO À GESTÃO EFICIENTE DE CASOS	73
1.2.1 O princípio constitucional da eficiência aplicado ao processo civil: a noção de eficiência qualitativa e suas manifestações no processo civil brasileiro.....	74
1.2.2 O conceito de proporcionalidade panprocessual como categoria operativa da jurisdição enquanto serviço público (eficiente).....	83
1.2.3 A gestão de casos, em especial mediante a cooperação judiciária nacional	86
1.2.4 Eficiência e Análise Econômica do Direito.....	92
1.3 DA EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA DO PROCESSO SINGULAR À TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS: FUNDAMENTOS E DIAGNÓSTICOS INICIAIS.....	99
2 O MODELO ATUAL DE EXECUÇÃO PECUNIÁRIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: DISFUNÇÕES E DILEMAS	105

2.1	SISTEMÁTICA PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	105
2.1.1	Da sentença condenatória genérica	105
2.1.2	Da fase de liquidação	115
2.1.3	Da fase de execução	121
2.2	O PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SOBREVIVE À ANÁLISE DE EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA?.....	124
2.2.1	Inexistência de liquidação e execução coletivas propriamente ditas: o problemático individualismo que domina a fase de efetivação da decisão	124
2.2.2	Sentença condenatória genérica e não sincrética: a tutela condicionada à instauração de um novo processo. Aportes de <i>positive economics</i>	130
2.2.3	Déficit informacional e publicização da sentença condenatória	138
2.2.4	Da execução em favor do fundo de previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985	146
3	PROPOSTAS PARA UMA EXECUÇÃO EFETIVA E EFICIENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	159
3.1	PREMISSAS PARA UMA NOVA FORMA DE ENCARAR A TUTELA EXECUTIVA RESSARCITÓRIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS....	159
3.1.1	A sentença condenatória e genérica é a única solução possível?	160
3.1.2	Primeira tentativa de coletivização da liquidação/execução e o papel de um substituto processual coletivo	164
3.1.3	A possibilidade de negociação na tutela coletiva	173
3.1.4	A tecnologia em favor da resolução de conflitos coletivos	181
3.1.5	Redução e objetivização do <i>standard</i> exigido para a demonstração de danos individuais	187
3.2	A ESCOLHA DA TÉCNICA ADEQUADA AO CASO CONCRETO: POSSÍVEIS TÉCNICAS, EM ESPÉCIE.....	195
3.2.1	Da sentença líquida ou que preveja padrões indenizatórios	196
3.2.2	A técnica de sentença mandamental (e o uso de medidas coercitivas) em favor da tutela ressarcitória	204
3.2.3	Distribuição das indenizações a cargo do violador do direito	210
3.2.4	Delegação de atos de liquidação e execução a terceiros: a figura dos <i>special masters</i> do direito estadunidense e o administrador judicial do direito falimentar	214

3.2.5	O possível uso da figura das <i>claim resolution facilities</i>	219
3.2.6	A dispensa da fase liquidatória	229
3.2.7	A utilização de atos concertados como instrumento de gestão das execuções individuais: a coletivização na fase de execução	231
3.2.8	A possibilidade de conversão da obrigação de pagar em uma verdadeira reparação fluída: o Fundo de Defesa de Direitos Difusos como <i>ultima ratio</i>	242
CONCLUSÕES		249
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		255

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a execução civil foi relegada pela doutrina – e não raro pela prática – a um papel secundário, havendo até mesmo quem questionasse a sua natureza jurisdicional. Hoje, porém, é de conhecimento convencional que, na perspectiva do jurisdicionado, o processo civil no Estado Constitucional não se satisfaz mais com a mera promessa dos direitos, sendo indispensável, na generalidade dos casos, a atividade executiva. Dito em outras palavras, se o processo é um instrumento especialmente vocacionado para a concretização de direitos, ele possui ao menos uma missão bastante clara: prestar a efetiva e tempestiva tutela do direito material, à luz da Constituição.

O processo coletivo, nessa perspectiva, é um dos mais importantes instrumentos de concretização das promessas constitucionais e, ao fim e ao cabo, do próprio Estado de Direito. Afinal, é por meio dele que se consegue evitar a prática de um ilícito, removê-lo quando continuado, recompor danos que já tenham sido concretizados, etc., pontos manifestamente relevantes diante de interesses coletivos e difusos.

Ademais, é o processo coletivo que permite que, em uma sociedade com conflitos complexos e relações jurídicas de massa, sejam tratadas violações de direitos que, na esfera exclusivamente individual, poderiam acabar não sendo adequadamente endereçadas pelo sistema de justiça, por razões como a falta de incentivos econômicos para submeter as pretensões individuais ao Poder Judiciário. O processo coletivo, em geral, e as decisões coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, no particular, são elemento de fechamento e completude de um sistema adequado de Justiça.

Apesar disso, é fato notório que, mesmo com pouco mais de 30 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a prestação da tutela ressarcitória a vítimas de violações massivas a direitos individuais homogêneos ainda demonstra pouca efetividade, o que decorre de diversos gargalos normativos e práticos na fase de liquidação e execução do título coletivo.

É sabido que, nesse contexto, o jurisdicionado poucas vezes busca a liquidação da sentença condenatória genérica em juízo, considerando o alto custo do processo se comparado à expressão econômica do direito discutido. Por outro lado, aqueles que se aventuram individualmente no litígio coletivo lutam contra litigantes

habituais, enfrentam diversos problemas informacionais e nem sempre recebem a tutela adequada e isonômica esperada.

Para além disso, a liquidação e a execução individualizadas da sentença coletiva, quando realizadas, acarretam diversos problemas de gestão e eficiência aos órgãos jurisdicionais. O procedimento, que era coletivo, se torna novamente individual na fase de efetivação da decisão, ensejando múltiplas ações individuais substancialmente idênticas, com o desperdício de tempo e de recursos pelo Poder Judiciário.

A partir da identificação desses problemas de ordem prática, a presente dissertação propõe-se a enfrentar a conformação normativa atual da tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, em especial da fase de liquidação e execução de sentenças coletivas, mediante a adoção de um filtro dogmático-normativo composto pelos princípios constitucionais da efetividade da tutela do direito material e da eficiência da atuação jurisdicional. Uma vez demonstrado analiticamente o cenário de inadequação procedimental, busca-se apresentar possíveis soluções aos embargos evidenciados, com apoio no instrumental anteriormente desenvolvido e na adequada interpretação do microssistema de tutela coletiva.

No decorrer da investigação, pretende-se confirmar a aplicabilidade do binômio da efetividade e da eficiência à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, destacando-se a incidência direta das normas constitucionais e a comunicação recíproca e coordenada entre as regras que compõem o microssistema, sobretudo o Código de Processo Civil, e demonstrar que o procedimento previsto no Código de Defesa do Consumidor para a tutela reparatória de direitos individuais homogêneos não sobrevive ao crivo de adequação ora proposto.

Nessa linha, quer-se evidenciar que a sentença condenatória e genérica estabelecida pelo CDC está longe de ser a única solução possível para a tutela de direitos materiais lesados de forma repetitiva. E que a efetiva e eficiente tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos depende, em grande parte, de interpretações criativas – e constitucionalmente adequadas – do sistema processual vigente.

O trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro argumenta as razões pelas quais o binômio da efetividade e da eficiência deve ser a chave de leitura para a compreensão adequada da execução de direitos individuais homogêneos, permitindo contrapor as técnicas existentes com a efetiva realização adequada e efetiva do direito material. Nesse sentido, reconstroem-se os conceitos de efetividade

e de eficiência à luz da Constituição, do Código de Processo Civil e da doutrina que tem se debruçado sobre estes temas. Ambos os conceitos são operacionais e constituem o liame de toda a análise que será realizada na presente dissertação.

Vale registrar, ainda, que no primeiro capítulo também é dada atenção à proporcionalidade panprocessual, para bem compreender a prestação jurisdicional enquanto serviço público eficiente. E nele também são exploradas técnicas como a gestão de casos (*case management*) e a cooperação judiciária, apresentando-se, ainda, a Análise Econômica do Direito como possível instrumento operacional da aferição da eficiência dos sistemas processuais.

O segundo capítulo, por sua vez, se debruça exclusivamente sobre o modelo atual de execução de interesses individuais homogêneos previsto no CDC, especificamente no que diz respeito à tutela reparatória. À medida que é feita a exposição, seus principais gargalos serão evidenciados, à luz do binômio de efetividade e eficiência inicialmente apresentado. Além disso, são abordados pontos específicos, tais como o déficit informacional dos beneficiados pelo título coletivo e os efeitos negativos da solução normativa “preguiçosa” – de execução coletiva em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública – ao invés de se buscarem alternativas que, de forma efetiva e eficiente, prestem mais diretamente a tutela ressarcitória aos lesados.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta pressupostos e técnicas processuais aptas a conferir um melhor tratamento para os conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos. Para tanto, é novamente utilizado o binômio da efetividade e eficiência, definido como chave de leitura para a análise do problema apresentado nesta pesquisa, porém agora como instrumento para uma abordagem interpretativa-prescritiva de possíveis soluções para os obstáculos apresentados. Entre outros, sugere-se o proferimento de decisões líquidas ou que prevejam padrões indenizatórios pré-estabelecidos e o uso da técnica mandamental, bem como a legitimidade ampla e forte dos substitutos processuais para a efetivação do direito material, a busca por soluções negociadas e a utilização da tecnologia como ferramenta para a resolução de conflitos coletivos.

1 O BINÔMIO “EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA” COMO CHAVE DE LEITURA PARA A EXECUÇÃO COLETIVIZADA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Sem adentrar profundamente na clássica discussão sobre quais são os escopos da jurisdição, que podem variar desde a simples resolução de disputas através dos órgãos do Poder Judiciário até a implementação de políticas sociais, é essencial tratar de dois grandes princípios que orientam o processo civil e, neste trabalho, compõem o binômio utilizado como chave de leitura para o exame de diversas questões relacionadas à tutela de direitos individuais homogêneos.

A resolução de conflitos através do processo, esta, sem dúvidas, um objetivo da jurisdição brasileira, deve se dar de forma efetiva. Vale dizer, o processo deve garantir a efetiva resolução dos conflitos, com a apuração precisa dos fatos e com a capacidade de proteção dos direitos de forma célere e adequada.¹

Por outro lado, também costuma aparecer na discussão sobre os objetivos da justiça e, especificamente, do processo civil, a questão da eficiência. Embora alguns apontem a eficiência como verdadeiro objetivo da jurisdição, considerando a situação cada vez mais crítica da estrutura jurisdicional e o número sempre crescente de processos², é necessário perceber que o sistema deve ser capaz de realizar de forma efetiva as atividades a que se propõe e, se puder fazê-lo de forma eficiente, tanto melhor.

Destaca-se que a efetividade e a eficiência também são preocupações existentes no âmbito da tutela coletiva, outro escopo importantíssimo da justiça, sobretudo em razão do aumento das relações massificadas e da submissão, cada vez mais constante, de casos complexos à apreciação do Poder Judiciário.³

Nestes próximos itens, serão apresentados e aprofundados os conceitos operativos de efetividade e eficiência, essenciais para a compreensão adequada do

¹ UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world. In: **Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**. Springer, Cham, 2014, p. 3-31, pp. 19.

² Sobre o tema, ver: UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world. In: **Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**. Springer, Cham, 2014, p. 3-31, pp. 11.

³ Os litígios complexos, na definição de Sérgio Cruz Arenhart, que será utilizada ao longo deste trabalho, são aqueles que envolvem situações multipolares, normalmente voltados para o futuro e que exigem a redefinição de diversos institutos processuais (ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019, pp 663).

sistema processual civil atual. Em seguida, relacionamos o binômio com a própria concepção de um sistema de tutela coletiva de direitos e defendemos a sua aplicação como vetor interpretativo para o microsistema de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, auxiliando na análise de seus problemas e na proposição de possíveis soluções.

1.1 EFETIVIDADE DO PROCESSO

No campo do Direito, o termo efetividade costuma aparecer relacionado à eficácia social das normas, isto é, aos efeitos que a norma opera na sociedade, a qual deve viver o Direito e reconhecê-lo.⁴ Na lição de Luís Roberto Barroso, a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.⁵

No âmbito processual, por seu turno, a efetividade assume um caráter preponderantemente instrumental. Já em 1981, José Carlos Barbosa Moreira definia a efetividade como a “aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”, extraíndo a sua essência da própria atuação finalística do processo e da Jurisdição, ambos comprometidos com objetivos previamente eleitos. Nem por isso, esclarece o autor, seria necessário tomar partido quanto aos escopos a que se propõem o processo e a função jurisdicional para que se pudesse discutir e analisar a sua capacidade de atingi-los – embora o processualista tenha nitidamente assumido a importância da tutela de direitos, como um objetivo fundamental. A partir de uma abordagem universal do problema, Barbosa Moreira desenvolveu o que chamou de “programa básico” da campanha em prol da efetividade processual, listando alguns requisitos que todo processo “há de buscar satisfazer para merecer a qualificação de efetivo”.⁶

Primeiro, o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento, quer resultem

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 5 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 85

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e *técnica* processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, 1995, p. 197-208, pp. 197.

de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema. Além disso, esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis a todos os titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminados ou indetermináveis, ou seja, incluindo as situações de titularidade coletiva. Trata-se a efetividade, aqui, a partir da capacidade de o sistema processual lidar com os conflitos de interesse e tutelar direitos, o que o próprio autor relaciona com o ainda incipiente problema do “acesso à justiça”.⁷ Ademais, o processualista traz mais três pressupostos de ordem estrutural e funcional: a existência de condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes do conflito, de modo que correspondam, tanto quanto possível, à realidade; a possibilidade prática de o processo proporcionar resultados que correspondam ao conteúdo e à extensão do direito violado ou ameaçado; e a obtenção destes resultados com o mínimo dispêndio de tempo e energia.⁸

Nos dias atuais, a efetividade do processo é elevada à categoria de princípio fundamental⁹, encontrando apoio na cláusula geral do devido processo legal e no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, bem como em diversos dispositivos espalhados pelo Código de Processo Civil, a exemplo do seu art. 4º.¹⁰ Ademais, hoje não restam dúvidas de que um dos objetivos centrais do processo é a tutela dos direitos materiais ameaçados ou violados.¹¹ Nessa linha, é consenso que a tutela do direito pressupõe não apenas o seu reconhecimento e a sua declaração, mas também a sua efetivação, atribuindo-se, por isso, importância cada vez maior à atividade satisfativa.

Mas muitas das preocupações apresentadas por Barbosa Moreira na década de 80 continuam bastante atuais. Além da atenção à fase de conhecimento, que contribui para a obtenção de resultados precisos através do processo, busca-se cada vez mais a criação de instrumentos processuais adequados à efetivação prática das decisões judiciais e à concretização dos direitos dos jurisdicionados, muito do que é

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 28.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 28-29.

⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. 17 ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015, p. 113.

¹⁰ “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 156-163.

impulsionado até hoje pelos movimentos de acesso à justiça. Ainda, prevalece a ideia de que o desenvolvimento das técnicas processuais deve partir das necessidades do direito material considerado, de forma a equipar o sistema com meios idôneos à reintegração e proteção dos direitos violados, preocupação que Barbosa Moreira, de certo modo, já manifestava quando defendia que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”.¹²

Essas e outras questões serão melhor desenvolvidas nos próximos subitens. Dividiremos a análise do conteúdo do princípio da efetividade do processo em três grandes pontos, relativos à execução e à concreta implementação de direitos; ao movimento de acesso à justiça e sua influência na atividade de execução; e à relação entre a técnica processual e a efetiva tutela do direito material.

Ao final, arrematamos o item com a análise da figura clássica da sentença condenatória, especialmente no contexto do Código de Processo Civil de 1973 e das reformas processuais da virada do século, destacando as suas principais características, as transformações provocadas pelo movimento de busca pela efetividade processual e seus resquícios no ordenamento processual vigente. Além disso, serão identificados os elementos em favor da efetividade existentes no sistema processual civil atual.

1.1.1 A jurisdição, da afirmação do direito à sua concreta implementação

A atividade de execução, em outras épocas históricas, além de ser considerada inferior à função lógico-cognitiva desempenhada pelo Estado, sequer era tida como parte da atividade jurisdicional.¹³ Prevalecia a opinião de que a execução se constituía como exercício do poder de *imperio*, enquanto a *iurisdictio* ficava restrita à cognição e se exauria necessariamente com a prolação da sentença.¹⁴

Atualmente, não há dúvidas de que o Poder Judiciário, quando conduz a fase executiva, exerce atividade jurisdicional. Não apenas porque no curso da execução o magistrado é instado a resolver os conflitos que possam surgir entre as partes e terceiros, mas também porque a própria efetivação dos atos de execução, ainda que

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, 1995, p. 197-208, pp. 206.

¹³ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 694.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1943, p. 27.

possa vir a ser atribuída aos auxiliares da justiça, se coordena com as finalidades estabelecidas pela função jurisdicional.¹⁵

Essa discussão, na realidade, não teve aprofundamento muito significativo na doutrina brasileira. Grande parte das obras clássicas publicadas no país no século passado abordava a questão de forma muito breve.¹⁶ Já em 1980, Liebman afirmou que “nesta altura, é quase desnecessário declarar que deve rejeitar-se a opinião, que é feita, aliás, com frequência sempre menor em tempos recentes, segundo a qual a execução seria atividade puramente administrativa”.¹⁷ A polêmica histórica, contudo, é o ponto de partida aqui adotado para o intento de demonstrar a importância da atividade de execução na concretização dos objetivos estabelecidos pela Jurisdição, bem como evidenciar a sua capacidade particular de conferir efetividade ao processo.

No caso das sentenças meramente declaratórias e das sentenças constitutivas, a atividade jurisdicional se exaure de forma exitosa com a simples prolação da decisão de mérito, de modo que a atividade executiva é dispensada.¹⁸ Vale dizer, a sorte desses tipos de sentença, caracterizadas pela satisfatividade própria e pela autossuficiência, não depende da modificação forçada da realidade dos fatos ou da intervenção na esfera particular do demandado.¹⁹

O mesmo não se pode afirmar, de forma generalizada, com relação à sentença condenatória. No caso da condenação, salvo quando cumprida de forma voluntária pelo devedor, o processo deve prosseguir para que, por meio da atividade de execução, seja materializado o direito assegurado pela lei em abstrato.²⁰ Dessa perspectiva, a sentença condenatória representa apenas resultado parcial da atividade jurisdicional, já que, sozinha, não se mostra apta a interferir sobre a realidade

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1943, p. 26.

¹⁶ Nesse sentido, ver: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1943, p. 26-27; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2000; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 4-5.

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5.

¹⁸ MANDRIOLI, Crisanto. **L'azione esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 31.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 46.

fática²¹ e, desse modo, atingir o resultado a que tendia a regra jurídica violada.²²

Assim é que, no caso da sentença condenatória, ausente a cooperação espontânea da parte obrigada, o processo de conhecimento se mostra insuficiente para garantir ao titular do direito o gozo do bem da vida que lhe corresponde.²³ Na prática, esse cenário de crise de cooperação é extremamente comum, o que se pode constatar a partir da enxurrada de execuções em trâmite atualmente no Poder Judiciário, evidenciando a carência de efetividade prática das decisões judiciais.²⁴ Por conseguinte, não faria sentido admitir que o Estado, no exercício da função jurisdicional, ficasse limitado à simples enunciação do direito aplicável em cada caso concreto, sem dispor das medidas necessárias à efetivação dos direitos reconhecidos no acerto judicial, seja mediante execução forçada ou indireta.²⁵

Daí a importância elementar da atividade executiva para a consecução dos fins a que se propõe a Jurisdição, independentemente da doutrina que se adote quanto ao conteúdo de tais fins: a “pacificação social com justiça”,²⁶ a tutela efetiva da

²¹ Crisanto Mandrioli, destacando a incompletude da sentença condenatória no direito italiano, afirmou que “nas sentenças de mera declaração e nas sentenças constitutivas, a proteção judicial termina frutuosamente, enquanto na condenação apenas uma fase dessa proteção se esgota (...)” (tradução livre) (MANDRIOLI, Crisanto. **L’azione esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 31).

²² Segundo Liebman, a função jurisdicional não consiste apenas em declarar qual seja a regra jurídica concreta estabelecida pelo direito para regular o caso, mas também em realizar praticamente a regra sancionadora decorrente da inobservância daquela primeira regra, isto é, a própria regra jurídica violada. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 4.

²³ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 692-693; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 38-39.

²⁴ Nesse sentido: “De tempos a esta parte, tem-se identificado nos comandos judiciais condenatórios, ou prestacionais, uma carência de efetividade prática, o que, aliás, é notório, ante a pleora de execuções (*rectius*, “cumprimentos de julgado”) que se arrasta pela Justiça brasileira, evidenciando que o acerto da quaestio iuris, no processo de conhecimento, não tem bastado para que o direito aí reconhecido seja atendido pela parte vencida, a qual “prefere” apresentar novas resistências, visando, de ordinário, obstaculizar a realização prática do título judicial.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 51 e 115.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26 ed. São Paulo: Editora Leud, 2009. p. 56. Para se utilizar da famosa analogia da “escada de situações jurídicas” da tutela jurisdicional de Dinamarco, poderíamos afirmar que o grau da “tutela jurisdicional”, o mais elevado da escada que inicia na faculdade de ingresso em juízo e passa pela ação e pelo direito ao provimento de mérito, teria espaço para uma diferenciação entre os casos de sentenças autossuficientes e não autossuficientes, estas últimas devendo ensejar uma situação diferenciada, de direito de exigir a atuação dos meios executivos. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, nº 81, 1996, p. 54-81.

²⁶ A expressão foi cunhada por Cândido Rangel Dinamarco e representa um dos escopos do processo apresentados pelo autor. Segundo o professor paulista, “enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo tendo sido reconhecido como tal, o conflito permanente e traz em si o coeficiente de desgaste social que o caracteriza, sendo também óbice à felicidade da pessoa. (...) Assumindo a missão de executar julgados, (...) o Estado procurou com isso chegar mais perto do exaurimento de seu dever de pacificação social.” E ainda: “Não estaria cumprida a função pacificadora do Estado (função jurídica), se se contentasse platonicamente em chegar até ao ponto de enunciar a regra do caso concreto e

posição jurídica prometida pelo direito material²⁷ ou mesmo “o direito de obter tudo aquilo e exatamente aquilo que o sujeito tem o direito de receber”,²⁸ valendo-se do ensinamento clássico *chiovendiano*. Quando o réu não assume voluntariamente o cumprimento da determinação jurisdicional, todos esses objetivos dependem e apenas se concretizam mediante a atividade executiva.

Se é assim, para que um sistema de tutela jurisdicional possa ser considerado efetivo, deve proporcionar não apenas a cognição em grau suficiente para que se garanta a certeza dos direitos, mas também os meios necessários para a sua concreta satisfação.²⁹ Como ensina Luiz Guilherme Marinoni, uma sentença que se propõe a interferir sobre a realidade, mas que é destituída dos meios adequados de efetivação, “não serve para a prestação da tutela do direito e, assim, constitui um nada”.³⁰

O início dessa maior preocupação com o processo de execução e com os meios de efetivação das decisões judiciais pode ser relacionado com a terceira fase

deixasse ad libitum do obrigado a realização do preceito. Quando ele não cumprisse voluntariamente, teria a outra parte de contar com sua própria força para fazer valer o direito subjetivo reconhecido, com todos os riscos e males da autotutela e com toda a conturbação que a generalização desta representaria para a sociedade. Obviamente, não estaria consumado o escopo social de pacificar com justiça.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 98 e 190.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 156-163. Os autores abordam o tema em tópico específico destinado às conclusões acerca da concepção contemporânea de jurisdição, destacando que o direito fundamental à tutela jurisdicional está relacionado à proteção de posições jurídicas, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado.

²⁸ A frase célebre do professor italiano é comumente citada como postulado da “máxima coincidência”. Chiovenda, ao tratar da ação nascida do contrato preliminar, diferencia os conceitos de ação e obrigação e conclui que enquanto a obrigação permite que o obrigado proporcione ao credor o bem da vida mediante a prestação, a vontade da lei, que se obtém mediante o exercício da ação, compreende e garante ao credor, quando a prestação voluntária não tenha lugar, a obtenção daquele bem a que se refere a obrigação, com todos os meios possíveis existentes. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I. p. 102-119). Apesar de essa lição estar intimamente ligada ao conceito clássico de direito subjetivo e à teoria da jurisdição voltada para a proteção desses direitos privados violados, a exigência contida na máxima chiovendiana exprime um princípio fundamental de efetividade da tutela, segundo o qual a execução deve ser, ao menos tendencialmente, exata e completa, quando considerado o direito em discussão. Nesse sentido: MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. **Corso di diritto processuale civile**: nozioni introduttive e disposizioni generali. 11 ed. Torino: G. Giappichelli, 2013. v. 1, p. 11.

²⁹ No direito italiano, prevalece o mesmo entendimento: PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 692; Comoglio apresenta a execução um componente essencial do direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional (COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, v. 49, n. 2, 1994, p. 457-458). Nesse mesmo sentido, Michele Taruffo afirma que a eficácia do sistema executivo é um dos instrumentos fundamentais para implementar a garantia da proteção efetiva dos direitos no âmbito jurisdicional (TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, v. 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007)

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.

metodológica do Direito Processual Civil, a chamada fase instrumentalista, cujo arauto maior na doutrina brasileira foi Cândido Rangel Dinamarco.³¹ Esse novo paradigma, que sucedeu o período conceitualista ou autonomista,³² percebe o processo em uma perspectiva teleológica, como um instrumento predisposto à realização dos objetivos previamente eleitos.³³ A negação do caráter puramente técnico-conceitual do processo, a relativização de uma separação absoluta do binômio direito material e processo e a preocupação com o alcance de resultados úteis, sejam eles sociais, políticos ou jurídicos, são elementos marcantes desse novo paradigma.³⁴

O grande mérito da instrumentalidade, segundo Carlos Alberto de Salles, teria sido o de afirmar a necessidade de o processo orientar-se no sentido de sua efetividade, ou seja, de realizar os escopos que orientaram a sua concepção.³⁵ A

³¹ Ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. A doutrina da instrumentalidade passou por diversas adjetivações, apresentando variações da ideia original, como a instrumentalidade substancial de Kazuo Watanabe, a instrumentalidade moderna de José Roberto dos Santos Bedaque, e até mesmo o formalismo valorativo de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Todas, contudo, têm em comum essa postura axiológica e teleológica do processo.

³² Analisando a fase autonomista, na perspectiva da escola sistemática, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “a ação, a partir daí, deixou de ser vista como mero apêndice do direito material, passando a ser concebida como direito autônomo de natureza pública (...) De lado essa questão, não é possível ignorar que a escola sistemática, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, acabou excedendo-se em sua missão. A intenção de depurar o processo civil de sua contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do século XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um direito processual civil completamente despreocupado com o direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46-47). Nesse sentido, Daniel Mitidiero faz uma abordagem histórica dos movimentos processuais e das chamadas fases metodológicas do direito processual brasileiro em sua obra monográfica, tratando do tema de forma muito didática. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21 a 52).

³³ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmam que “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da consciência dos objetivos a serem alcançados mediante seu emprego - sabido que todo instrumento deve ser preordenado a um objetivo, como todos os meios só têm significado e relevância quando predispostos a um fim. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes jurisdicionais que o utilizam.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 20).

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22 e 181 e ss.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14-15 e 19. O autor propõe uma nova perspectiva para a doutrina da instrumentalidade, mudando o modo de indagação: enquanto a instrumentalidade tradicional, chamada de finalista, é concebida a partir da aplicação de escopos, objetivos ou valores, a instrumentalidade metodológica busca a adequação das respostas do direito processual não apenas da perspectiva dos escopos, mas da realidade fática na qual o processo se insere. Segundo Salles, “o problema não se coloca no campo estritamente processual, buscando-se subsídios do direito material para solucioná-lo. Ao contrário, vai-se ao problema em sua maior concreção, buscando entendê-lo a partir das peculiaridades da disciplina

utilidade do processo nessa fase metodológica, portanto, seria medida justamente em razão direta dos benefícios que ele seria capaz de proporcionar ao realizar suas finalidades.³⁶

De forma contemporânea e na mesma direção do chamado “processo civil de resultados”,³⁷ deflagrou-se um movimento teórico pautado em novas premissas, que passou a compreender o processo civil a partir do contexto do Estado Constitucional.³⁸ Este novo paradigma, por alguns visto apenas como uma reconstrução do instrumentalismo³⁹ e por outros tido, corretamente, como uma verdadeira quarta fase metodológica, que rompe com os pressupostos anteriores,⁴⁰ concentra seus esforços no aprimoramento do processo como ferramenta efetiva para a realização do direito

jurídica e social à qual deve estar conformada e identificada a resposta processual mais adequada para sua solução” (p. 19).

³⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

³⁷ A expressão, utilizada por Dinamarco é, novamente, representativa da perspectiva instrumental do processo civil. O autor esclarece ainda a necessidade de compatibilização entre os resultados e os meios utilizados, sobretudo no que diz respeito à observância das garantias relacionadas ao devido processo legal: “Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas: a) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas; b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Os meios, sendo aqueles adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Eis o conceito e conteúdo substancial da cláusula *due process of law*, amorfa e enigmática, que mais se colhe pelos sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais da inteligência.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. 4 edição. Malheiros Editores. 2004. p. 245-246).

³⁸ Nesse sentido, destaca-se Luiz Guilherme Marinoni em seu clássico “Novas Linhas do Processo Civil”, em que o autor expõe de forma sistemática a sua releitura dos conceitos fundamentais do direito processual, no marco do Estado Constitucional. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000).

³⁹ Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirmam que atualmente o processo brasileiro se encontra na fase instrumentalista, da qual o primeiro autor é percussor, negando qualquer evolução ou eventual quarta fase: “tal é o momento atual da ciência do processo civil, nesta fase instrumentalista ou teleológica, em que se tem por essencial definir os objetivos com os quais o Estado exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 19.)

⁴⁰ Nesse sentido, Daniel Mitidiero defende que: “(...) o processo civil brasileiro já se encontra mergulhado em sua quarta fase metodológica, tendo sido superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se à compreensão do processo civil no Estado Constitucional, que ora assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil. Existem várias expressões que visam delinear essa quarta fase metodológica. Dentre as mais conhecidas encontram-se o neoprocessualismo e o formalismo-valorativo. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48).

material e para a prestação adequada da tutela jurisdicional, nos termos dos arts. 5º, incisos LIV⁴¹, LXXVIII⁴² e, principalmente, XXXV⁴³, da CF/1988.

Guardadas as particularidades de cada construção doutrinária, percebe-se como marco distintivo dessa fase o abandono de uma “cultura de sentenças”, não na lógica cunhada por Kazuo Watanabe, da preferência pela solução contenciosa dos conflitos,⁴⁴ mas, sim, no sentido de se superar a hipervalorização da sentença como instituto e a crença de que esta, por si só, poderia resolver os problemas das partes na vida real, sem considerar a adequação ou não dos meios de execução tipicamente previstos pelo ordenamento processual.⁴⁵

Era representativa desse antigo modo de pensar a redação original do art. 463 do CPC/1973, segundo a qual, uma vez dirimido o mérito da causa, o juiz se desonerava da prestação jurisdicional, o que gerava uma espécie de descompromisso com o efetivo cumprimento da decisão.⁴⁶ Atualmente, o Código de Processo Civil, alinhado à importância da atividade executiva aqui exposta, prevê em seu art. 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Dessa forma, as técnicas de efetivação das sentenças são, ao menos do

⁴¹ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

⁴² “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

⁴³ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se, aqui, da cláusula de inafastabilidade da jurisdição.

⁴⁴ Ao descrever a cultura da sentença, o autor nota que “(...) o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda a ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. (WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Dpj, 2005. p. 685).

⁴⁵ Veja-se, exemplificativamente, José Roberto dos Santos Bedaque: “Não basta, todavia, afirmar e reiterar aquilo que o direito material estabelece. É preciso sejam assegurados ao credor meios de obter o efeito prático previsto pela norma formulada concretamente. Em outras palavras, necessário colocar à sua disposição mecanismos aptos a alcançar o resultado da obrigação assumida e não cumprida.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 553.

⁴⁶ “Art. 463: Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (...)”. A redação originária do art. 463, do Código de Processo Civil de 1973, sugeria, de fato, que a execução - e a efetivação das decisões - era desprovida de caráter jurisdicional, apesar de a doutrina, como aqui já mencionado anteriormente, ter superado essa impressão inicial. Nada obstante, o autor aponta esta como uma possível explicação para o descompromisso sequencial com o cumprimento do julgado. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 51.

ponto de vista da realização do direito material, os verdadeiros instrumentos de alcance dos resultados visados pelo processo e, por essa razão, não há como pensar um sistema jurisdicional despreocupado com as formas de implementação das decisões judiciais.⁴⁷

Diante dessa maior preocupação com a tutela efetiva de direitos e de valorização da atividade de execução, transferindo o foco da atividade jurisdicional da afirmação do direito à sua concreta implementação, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que o direito constitucional de ação deve ser repensado, para incorporar-lhe a capacidade de modificação da realidade social, de forma efetiva.⁴⁸

Não parece suficiente, nos dias atuais, conceber o direito de ação como o direito a uma sentença de mérito, como fez a escola sistemática do processo civil, capitaneada por Chiovenda e determinada principalmente a reafirmar a natureza autônoma do processo civil e a apagar dele qualquer vestígio do direito material.⁴⁹ Essa concepção pouco representa em termos de efetividade. Como bem ressaltou Marinoni, o autor da demanda, ao propor a ação, não deseja a condenação, mas a tutela do direito material que afirma possuir.⁵⁰

A partir disso, extrai-se que o exercício do direito constitucional e fundamental de ação não pode se esgotar na obtenção da sentença, mas deve ir além, para atingir, através de instrumentos executivos idôneos, a tutela efetiva dos direitos.⁵¹ O direito de ação, no Estado Constitucional, tem como corolário o direito aos meios executivos

⁴⁷ Nesse sentido: “O exercício da autoridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despedido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018).

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 216-217.

⁴⁹ Nesse sentido, ver: CHIVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema de direitos**. Belo Horizonte: Líder, 2003; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46-47.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem “o pleno exercício do direito de ação passa pela efetiva outorga e fruição do bem da vida, adjacente ao direito reconhecido no julgado” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 117).

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 216-217; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 567.

adequados⁵², podendo-se afirmar, inclusive, que tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução exercita-se o direito de ação.⁵³

Desse direito fundamental à tutela executiva,⁵⁴ decorre, de um lado, o direito das partes de exigir do Poder Judiciário as técnicas executivas adequadas para a consecução da tutela do direito material, em tempo razoável e de forma efetiva - ou seja, de forma prática, pouco onerosa e na máxima extensão possível do direito titularizado -, e, de outro, o dever do Estado-jurisdição de fornecê-las.⁵⁵

1.1.2 Os movimentos de acesso à justiça e o direito à preordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos

Como se viu, a passagem de uma preocupação doutrinária e prática que vai da exclusiva afirmação de direito para a sua concreta implementação representou importante ressignificação dos próprios fins do Processo, da Jurisdição e do Estado. Quando observado por outro ângulo, porém, percebe-se que essa discussão constitui mais uma face do movimento de acesso à justiça em sentido amplo, informado pelo princípio da universalidade e concretizado, no processo, pela ordenação de instrumentos adequados e idôneos a prestar o *devido* acesso à jurisdição estatal.⁵⁶

Para bem compreender as tendências contemporâneas do debate, vale a pena resgatar suas origens, especialmente na Itália da década de 1970, bem como, sinteticamente, como esse discurso foi apropriado pela doutrina processual brasileira. É o que se passa a fazer.

A obra intitulada “Acesso à Justiça”, de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 128. Resumindo a ideia central deste capítulo, os autores aduzem ainda que: “o direito de ação exige que a sentença de procedência se revista da forma adequada à proteção do direito e, ainda, quando for o caso, disponha dos meios executivos aptos à sua implementação” (p. 258).

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26 ed. São Paulo: Editora Leud, 2009. p. 56.

⁵⁴ O termo é utilizado por Fredie Didier Jr., que relaciona esse direito fundamental ao princípio da efetividade do processo. (DIDIER JR, Fredie; **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. 17 ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015, p. 113).

⁵⁵ “Art. 4º, CPC. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, “se há esse direito, por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018).

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 83.

Garth, é comumente apontada como marco inicial da discussão do tema contemporaneamente. O ensaio apresentou os principais resultados das pesquisas desenvolvidas pelo chamado “Projeto de Florença”, realizado em conjunto com estudiosos de diversos países anglófonos e europeus, identificando as principais barreiras de acesso aos serviços judiciários.⁵⁷ As três ondas renovatórias (a assistência judiciária, a representação jurídica para interesses difusos e o “enfoque do acesso à justiça”), apontadas pelos autores como possíveis soluções aos problemas então detectados, são reproduzidas de forma incansável até os dias de hoje,⁵⁸ muitas vezes sem o necessário ajuste ao sistema de justiça que se considera.

De um modo geral, pode-se afirmar que o movimento visa à introdução de reformas na estrutura do sistema de justiça, objetivando remover as barreiras existentes entre a população e o Judiciário, universalizando o acesso à jurisdição estatal.⁵⁹ São identificadas, na realidade, duas dimensões do fenômeno: uma substancial, de transformação social para a efetivação de direitos de forma justa,⁶⁰ e outra procedimental, relacionada ao acesso dos jurisdicionados às instituições responsáveis pela realização de direitos.⁶¹

O recurso à dimensão procedimental do acesso à justiça é extremamente comum no campo do Processo Civil, sobretudo para a análise da efetividade do sistema de justiça e para a reflexão sobre possíveis rearranjos. A abordagem utilizada em grande parte das pesquisas acadêmicas é a chamada comportamental⁶² *top-*

⁵⁷ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 7.

⁵⁸ GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, pp. 155.

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 41; GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015, pp. 43.

⁶⁰ Nessa perspectiva substancial, vislumbra-se a capacidade do direito de reduzir as desigualdades, em uma perspectiva corretiva, não apenas as desigualdades no uso dos instrumentos de justiça para a resolução de conflitos e para a restituição de danos, mas também a desigualdade social e econômica em geral. (SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual review of sociology**, v. 34, p. 339-358, 2008, p. 340).

⁶¹ GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8; COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade. Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, p. 38-68, 2016, pp. 2.

⁶² O método comportamental é aquele que analisa como as organizações ou instituições fazem seu trabalho e/ou como as pessoas se comportam em relação à lei ou à estrutura de justiça. De outro lado, pode ser adotada a abordagem perceptiva, menos comum, em que a métrica da realização da justiça são as avaliações subjetivas das pessoas sobre suas próprias experiências na estrutura dos órgãos jurisdicionais. (SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual review of sociology**, v. 34, p. 339-358, 2008, pp. 340-341).

down,⁶³ que busca analisar como a legislação e/ou a estrutura dos órgãos jurisdicionais facilitam ou não a realização dos interesses e a resolução de conflitos de diferentes grupos de pessoas por meio da via jurisdicional. Temas recorrentes são os custos da representação judicial pelos advogados, a complexidade dos procedimentos e os métodos alternativos de resolução de disputas.⁶⁴

A doutrina brasileira tratou de identificar as particularidades do movimento do acesso à justiça no país, cujo surgimento teve como pano de fundo um movimento de desmantelamento do Estado de bem-estar social intervencionista, a tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico e a precarização dos direitos econômicos-sociais básicos essenciais às classes menos favorecidas – precarização responsável pelo aumento da procura pelo Poder Judiciário e pela consolidação de seu protagonismo.⁶⁵ Marcam a primeira metade dos anos 1980 as pesquisas sobre os direitos transindividuais e sua proteção, com a edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985),⁶⁶ enquanto a segunda metade da década é caracterizada pelas investigações sobre formas alternativas de resolução de conflitos e sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas.⁶⁷

Sem dúvidas, o marco mais importante do acesso à justiça no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, ponto alto da redemocratização posterior ao regime pós-1964. Além de ter positivado uma série de direitos sociais individuais e coletivos e ter garantido a assistência judiciária gratuita aos economicamente hipossuficientes (art. 5º, LXXIV, CF/1988), o texto constitucional reconheceu a existência de um direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV,

⁶³ A abordagem comportamental ainda pode ser dividida em *top-down* e *bottom-up*, isto é, de cima para baixo e de baixo para cima. A pesquisa *top-down* se concentra em aspectos do sistema jurídico ou das leis que podem afetar as experiências de indivíduos ou grupos no contexto do sistema de justiça. De outro lado, a pesquisa *bottom-up* parte das experiências individuais ou compartilhadas de problemas ou adversidades e rastreia essas experiências por meio de partes de suas histórias sociais e jurídicas. (SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual review of sociology**, v. 34, p. 339-358, 2008, pp. 341-345).

⁶⁴ SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual review of sociology**, v. 34, p. 339-358, 2008, pp. 343-345.

⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21-22; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996, pp. 390.

⁶⁶ Para uma análise do contexto histórico-legislativo da promulgação da Lei de Ação Civil Pública, ver: MOREIRA, Egon Bockmann. et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada**, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2016, p. 34-40.

⁶⁷ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996, pp. 391.

CF/1988), tornando o acesso à justiça um direito fundamental.⁶⁸

Vale registrar que, inicialmente, extraía-se dessa previsão simplesmente um direito de ingresso em juízo, de demandar perante o Judiciário, o que inclusive contribuiu para ocasionar um fenômeno de “excesso de demanda por justiça estatal”⁶⁹, no qual “acesso à justiça” era sinônimo de litigiosidade e a cultura demandista era tratada como manifestação da cidadania. Além de ter reavaliado a ideia de acesso irrestrito⁷⁰, a doutrina processual, atenta à força normativa da Constituição e à necessidade de concretização de direitos fundamentais, promoveu uma releitura do princípio constitucional da inafastabilidade, passando a relacioná-lo à necessidade de eliminação de barreiras ilegítimas de acesso aos tribunais e de outorga da tutela jurisdicional adequada e tempestiva àquele que com razão a reclamou.⁷¹

⁶⁸ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade. Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, p. 38-68, 2016, pp. 2-3.

⁶⁹ A expressão foi cunhada por Rodolfo de Camargo Mancuso. Ao tratar desse problema, o autor sugere que poderia haver, na cultura brasileira, uma preferência pela solução adjudicada e “uma propensão a repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, fazendo com que o Judiciário opere como um receptor imediato (uma sorte de guichê universal de reclamações) para toda sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, ainda que de pequena monta ou de parca senão nenhuma complexidade ou relevância”. Mancuso ainda aponta outros fatores que contribuem para o excesso de demanda pela justiça estatal: “(b) exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positividade de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (c) ufanista e irrealista leitura do que se contém no inciso XXXV do art. 5.º da CF/1988 – usualmente tomado como sede do acesso à Justiça – enunciado que, embora se enderece ao legislador, foi sendo gradualmente superdimensionado (ao influxo de motes como ubiquidade da justiça, universalidade da jurisdição), praticamente implicando em converter o que deveria ser o direito de ação (específico e condicionado) num prodigalizado dever de ação!; (d) crescimento desmesurado da estrutura judiciária – oferta de mais do mesmo, sob a óptica quantitativa – com a incessante criação de novos órgãos singulares e colegiados, e correspondentes recursos humanos e materiais, engendrando o atual gigantismo que, sobre exigir parcelas cada vez mais expressivas do orçamento público, induz a que esse aumento da oferta contribua para retroalimentar a demanda.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 58-63).

⁷⁰ Até hoje, a doutrina tem colocando o princípio da inafastabilidade da jurisdição em perspectiva, avaliando possibilidades de maior desjudicialização de conflitos e de incentivo ao uso de métodos consensuais de resolução de litígios. Sobre o tema, ver: NADAL, Caroline Paglia. **O acesso à ordem jurídica justa e os limites da desjudicialização de conflitos**. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2019. Sobre o ponto, Mancuso afirma que, no futuro, “é de se augurar que o próprio interesse de agir venha configurado a partir da demonstração do prévio esgotamento de outros meios preordenados à resolução da controvérsia (como hoje se passa na área desportiva: CF/1988, art. 217, e § 1.º; ou, no caso do habeas data, se exige a prévia tentativa de obter os dados junto à instância competente: Lei 9.507/97, art. 8.º, parágrafo único e incisos), ou, então, que o conflito, por peculiaridades de matéria ou de pessoa, ou pela complexidade da crise jurídica, reclame efetiva passagem judiciária, o que colocaria a função judicial do Estado sob um registro subsidiário ou residual, em ordem a preservar o Judiciário e evitar sua banalização ou utilização desnecessária” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 68).

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54-55 e 228. Segundo os autores, “o acesso à justiça

Esse novo discurso encaixou perfeitamente na lógica instrumentalista em vigor no processo civil brasileiro e o movimento do acesso à justiça passou a advogar a obtenção de resultados justos pela via do processo.⁷² Diversos autores abordaram o tema especificamente, mas talvez o trabalho mais conhecido sobre o tema seja o de Kazuo Watanabe, que inclusive desenvolveu o conceito de “acesso à ordem jurídica justa”⁷³. Segundo o autor, o conceito “atualizado” de acesso à justiça abarcaria, dentre outros, “o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial”; “o direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com a realização da ordem jurídica justa”; “o direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça”; o direito à “organização e adoção de todos os mecanismos adequados de solução de controvérsias, como a mediação e conciliação”⁷⁴; e, por fim, talvez o mais relevante para este trabalho, o direito à “preordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos”.⁷⁵

Muito embora a noção de acesso à justiça tenha se tornado extremamente

é mais que o direito de ingresso no Poder Judiciário, com o qual não se confunde, porque este não é mais que o direito de ser ouvido pelo Estado-juiz.” Sobre o tema, José Eduardo Carneiro Alvim afirma que o problema do acesso à justiça não é uma questão de entrada, mas de saída, “pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.”; (ALVIM, José Eduardo Carneiro. Justiça: acesso e descaso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4078>. Acesso em: 18 de Novembro de 2020)

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 228; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

⁷³ A expressão foi utilizada pela primeira vez em 1984, em palestra proferida por Kazuo Watanabe sobre o tema “Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa”, publicada posteriormente na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n.22, janeiro-dezembro de 1984. Sobre o assunto, Watanabe publicou recentemente uma obra que contém diversos artigos de sua autoria, todos essenciais para a compreensão do conceito de acesso à ordem jurídica justa: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

⁷⁴ Aqui, cabe transcrever integralmente a síntese do autor sobre o tema: “Vem se entendendo que o papel do Judiciário não se deve limitar à solução dos conflitos de interesses, em atitude passiva e pelo clássico método da adjudicação por meio de sentença, cabendo-lhe utilizar todos os métodos adequados de solução das controvérsias, em especial os métodos de solução consensual, e de forma ativa, com organização e oferta de serviços de qualidade para esse fim. A mediação e a conciliação passaram, assim, a integrar o instrumental do Judiciário para o exercício de suas atribuições, não mais constituindo em meros instrumentos de utilização eventual à disposição de alguns juízes mais vocacionados às soluções amigáveis, e sim instrumentos de utilização imperiosa para o correto exercício da judicatura. Os jurisdicionados têm, hoje, o direito ao oferecimento pelo Estado de todos os métodos adequados à solução de suas controvérsias, e não apenas do tradicional método adjudicatório.” (WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 110).

⁷⁵ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. XIV.

fluida nos dias atuais⁷⁶, parece ser de entendimento comum que o conceito tem conexão necessária e estreita com a efetividade do processo e da atividade jurisdicional no alcance de seu escopo jurídico, de tutelar os direitos violados ou ameaçados.

Como visto anteriormente, de nada serve ao jurisdicionado a obtenção da declaração de um direito em seu favor, sem a sua efetivação pelos meios adequados. Conforme bem sintetiza a doutrina processual atenta à normatividade da Constituição, “decidir sem tutelar, ou conhecer sem executar, não é o que se espera do processo civil no Estado constitucional”.⁷⁷

Logo, é certo que o processo ajustado ao valor do acesso à justiça, na abordagem *top-down* aqui adotada, deve fornecer meios executivos eficazes, capazes de reparar ou de impedir a violação do direito, de forma tempestiva e efetiva. Em outros termos, a garantia de acesso à justiça, na perspectiva da efetividade, pressupõe e exige a implementação de instrumentos processuais adequados à efetivação das decisões judiciais e à concretização dos direitos dos jurisdicionados.⁷⁸

1.1.3 A técnica processual em favor da tutela efetiva do direito material

Já vimos que o processo civil brasileiro caminha no sentido de uma maior preocupação com a tutela efetiva de direitos e de valorização da atividade de execução, tendência que acompanha a redefinição do próprio conteúdo do direito constitucional de ação. Também constatamos que o movimento de acesso à justiça no Brasil passou a albergar o direito à preordenação das técnicas necessárias à efetivação dos direitos reconhecidos no processo.

Resta, ainda, aprofundar a relação entre as técnicas processuais, sobretudo as de sentença e as executivas, e a consecução da finalidade última da atividade jurisdicional, a tutela do direito material, que, como se tem defendido até aqui, deve ser efetiva. Cumpre, portanto, examinar o papel da técnica processual como

⁷⁶ GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, pp. 156.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, pp. 775-776.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo**. São Paulo: Forense, 2019, n.p..

instrumento de realização da tutela efetiva do direito material.

Antes, contudo, importa fazer um esclarecimento conceitual. “Técnica” aqui mencionada não se confunde necessariamente com o procedimento. A técnica diz respeito a um instrumento, uma ferramenta do processo: a sentença condenatória, por exemplo, é uma técnica; a antecipação de tutela é uma técnica; as medidas coercitivas também são uma técnica, de execução indireta.

A(s) técnica(s) processuais, inseridas no conjunto de atos encadeados e direcionados à tutela direito material, somado às garantias processuais fundamentais, é o que se pode chamar de conformação procedimental, ou simplesmente procedimento⁷⁹. Mas também o procedimento, por si só, pode configurar uma técnica autônoma, quando construído em razão das peculiaridades do direito material, da posição social dos litigantes ou mesmo da particular necessidade de aceleração da prática de atos. Isso é, quando pensado a partir do direito ao procedimento idôneo ao direito material e à realidade social.⁸⁰ O procedimento diferenciado, especializado, é técnica processual, quer diga respeito à cognição, quer se refira à execução. Já a forma processual diz respeito à organização do processo, à ordenação do procedimento.⁸¹

⁷⁹ Encontra-se superada a ideia de que o procedimento é mera sequência de atos, como pensava a doutrina autonomista do direito processual. Atualmente, costuma-se citar a doutrina de Élio Fazzalari, que define o processo como o procedimento em que participem aqueles cuja esfera jurídica o provimento, ato final, é determinado a produzir efeitos, e mediante contraditório. (FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Tradução da 8 ed. de Eliane Nassif. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118). O procedimento, então, seria a sequência de atos que, realizada em contraditório, daria lugar ao processo. Talvez hoje seja mais interessante ligar o procedimento não apenas às garantias processuais fundamentais do contraditório e da ampla defesa, mas também à capacidade e idoneidade daquele de atingir as tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto. Nessa medida, o procedimento tem conteúdo e fim, assim como têm o processo e a jurisdição. Assim, não basta que o procedimento viabilize a participação efetiva das partes, é necessário também que as regras processuais outorguem ao juiz e às partes os instrumentos, as técnicas, capazes de lhes permitir a tutela do direito material e do caso concreto. Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155-174.

⁸¹ Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a forma “Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.” (DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 26, n. 26, 2006, p. 59-88, p. 60).

A forma processual, porém, não pode ser instrumento de si própria. Quer dizer, a formalidade não pode existir por ela mesma. É inegável a importância das formas na organização do processo, na contenção de arbítrios do Poder Jurisdicional e na garantia de segurança aos litigantes.⁸² Como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o princípio do rigor formal é a espinha dorsal do processo”⁸³. Mas é preciso que não se perca de vista o caráter instrumental que esse princípio desempenha no contexto do processo, sob pena de se incorrer em um tecnicismo despropositado e inoportuno, em detrimento das próprias finalidades da atividade jurisdicional.⁸⁴

O mesmo pode-se dizer com relação à técnica. A técnica é um instrumento, sob pena de não ser técnica e se converter em formalidade inútil. É essencial perceber que a técnica processual, seja ela um tipo de sentença, um meio executivo, ou um procedimento especial, deve estar direcionada à produção de determinados resultados, assim como está o processo. A tomada dessa consciência teleológica é fundamental, na medida em que possibilita o direcionamento das técnicas e a adequação dos instrumentos a um determinado fim.⁸⁵ E aqui entra, justamente, a importância da definição dessa finalidade, pois em função dela é que deverão ser concebidas as ferramentas processuais.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78-79; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 108-109.

⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 108-109.

⁸⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em texto publicado em 2006, destacou a importância de estabelecer valores para os quais as formalidades do processo se direcionam (formalismo-valorativo), pois não pode haver “formalismo por formalismo”. Segundo o autor: “só é lícito pensar no conceito na medida em que se prestar para a organização de um processo justo e servir para alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão. (DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 26, n. 26, 2006, p. 59-88, pp. 65). No mesmo sentido, é pertinente a lição de José Roberto dos Santos Bedaque. Segundo o autor: “É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52). Ver também: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001, pp. 118.

⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178. Barbosa Moreira, na década de 80, também já defendia a tomada da técnica como um instrumento para a consecução de objetivos propostos, esclarecendo a sua relação de complementariedade com a noção de efetividade: “a efetividade e a técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que deêm origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares (...) Demonstam também que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, 1995, p. 197-208, pp. 206).

De um modo simplificado, pode-se dizer que as técnicas processuais devem ser concebidas em favor da tutela do direito material. Essa, por sua vez, está intimamente ligada à concretização efetiva da regra de direito material ameaçada ou violada, isto é, à realização da situação prática que seria obtida caso o direito substancial tivesse sido cumprido. Para tanto, nada mais lógico do que idealizar as técnicas processuais a partir das necessidades dos direitos materiais violados, concebendo instrumentos processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional.⁸⁶

Essa tarefa é incumbida, inicialmente, ao legislador, que deve instituir técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material. Mas como já se notou há muito tempo⁸⁷, não se pode supor que o legislador seja capaz de antever todas as situações fáticas possíveis, para então incorporá-las à estrutura normativa, já que aquelas, além de potencialmente infinitas, assumem contornos variados conforme cada caso concreto.⁸⁸

Considerado este entrave, haverá situações em que as necessidades do caso analisado reclamarão técnica processual não prevista previamente em lei, caso em que o juiz, com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tomando em conta as particularidades do direito material considerado, deverá suprir a omissão legislativa.⁸⁹ Como se verá em tópico específico, ainda que haja técnica ou procedimento previstos, caso o juiz verifique, no caso concreto, que aqueles não se mostram adequados para a tutela efetiva do direito material, deverá afastá-la ou adaptá-la, com base na garantia de efetividade da tutela jurisdicional, desde que observadas as garantias do devido processo legal, em especial o contraditório e o dever de fundamentação.⁹⁰

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 133. Nesse sentido, por exemplo, afirma Bedaque que a melhor forma de dotar a tutela condenatória de efetividade plena, nos casos em que é necessária atividade complementar, é a análise do processo feita à luz do direito material. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 558.)

⁸⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 144.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 129.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 132-135.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 135-136 e 162. Os autores destacam que “na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” e que “o juiz pode e deve, ao deparar-se com ausência de previsão de modalidade executiva idônea, suprir a

Por ora, é necessário fixar a relação de quase subordinação da técnica processual à efetividade da tutela do direito, a qual deve conduzir tanto a atividade de produção legislativa, quanto a de interpretação e aplicação do direito pelo Judiciário, no preenchimento de lacunas procedimentais. Ademais, a abordagem referencial desses conceitos serve como pressuposto para a análise crítica sobre determinadas técnicas ou procedimentos estruturados de forma inadequada, ou seja, como critério de aferição da efetividade do ordenamento processual.

1.1.4 A insuficiência da técnica da sentença condenatória e as reformas do Código de Processo Civil de 1973

O percurso realizado até este momento já nos permite analisar, do ponto de vista da efetividade instrumental para a realização do direito material, a técnica da sentença condenatória, como meio por excelência de prestação da tutela ressarcitória em nosso ordenamento jurídico. Será utilizada como referência a sentença condenatória na forma como concebida pela redação originária do Código de 1973, destacando-se a tendência de busca de efetividade a partir das reformas legislativas que reformularam o instituto.

A investigação sobre o panorama histórico da técnica condenatória revelará a existência de um vínculo tradicional entre a figura da condenação e a execução por expropriação, o que limita a atuação jurisdicional em casos mais complexos e estabelece uma prioridade pela tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, prejudicando a proteção de diversas espécies de direitos. Além disso, será evidenciada a clássica correlação entre a técnica condenatória e os meios de execução por sub-rogação previstos em lei – a chamada tipicidade dos meios executivos – que, para alguns, prevalece até os dias atuais em relação às obrigações de pagar. Finalmente, será posta em evidência a antiga regra de separação estanque

omissão considerando as circunstâncias do caso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.” Sobre a necessidade de observância da fundamentação nesses casos, ensinam os autores: “A ampliação do poder do juiz, ocorrida para dar maior efetividade à tutela dos direitos, possui como contrapartida a necessidade de que o controle da sua atividade seja feito a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, dos postulados do meio idôneo e da menor restrição e mediante a sua indispensável exteriorização: a justificação judicial. Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela jurisdicional, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz.”

entre o chamado “processo de conhecimento” e o “processo de execução”, bem como os seus resquícios no direito processual vigente.

Tais dogmas, como se verá, devem ser superados em definitivo, inclusive e especialmente no campo do processo coletivo, abrindo espaço para a utilização de técnicas processuais adequadas à tutela do direito material no caso concreto e ajustadas ao estágio em que se encontra o processo civil atual.

No presente item também serão introduzidos, de forma breve e operativa, alguns conceitos essenciais para as próximas reflexões, tais como os de “execução civil”, “expropriação”, “tutela específica”, “tipicidade dos meios executivos” e “sincretismo processual”, relacionando esses temas ao problema da noção clássica de “sentença condenatória”.

A execução civil foi definida por Enrico Tullio Liebman como a atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais cuja finalidade é a de impor a aplicação daquilo que o autor identificou como a “sanção civil”. Esta, por sua vez, visa anular os efeitos do ato ilícito e, da forma mais equivalente o possível, obter o resultado prático que teria decorrido da observância espontânea da norma de direito material.⁹¹

De outro lado, a sentença condenatória foi concebida como o ato que aplica, em concreto, a sanção à qual o transgressor da norma jurídica deve se sujeitar.⁹² Conforme bem demonstrado no estudo clássico de Piero Calamandrei, a sanção a que se referia Liebman não era aquela que entrava em vigor como resultado imediato da violação à obrigação de direito substancial (v.g. do dano causado decorre o dever de indenizar), mas sim a sanção extrema, isto é, a execução forçada, na qual os órgãos estatais intervêm diretamente no patrimônio do devedor.⁹³

⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3-4. Identificando a execução como uma atividade substitutiva, Dinamarco a descreve como “atividade destinada a tornar realidade a disposição do Estado, anunciada abstratamente na lei, de produzir os resultados práticos determinados pelas normas substanciais (...) Da execução pode-se dizer, pois, que, constituindo ela própria a atuação da vontade sancionatória, conduz à atuação da vontade do direito substancial, que é a produção dos resultados queridos por este”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 109).

⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 18.

⁹³ Desse esforço de diferenciação entre a obrigação imposta pelo direito substancial e a sanção extrema é que o autor identificou a função específica da sentença condenatória, que seria a de transformar a relação obrigacional, na qual ainda se vislumbra a possibilidade de cumprimento voluntário pelo devedor, em uma relação de sujeição deste à força dos órgãos executivos: “Nesta transformação da obrigação, para cujo cumprimento o direito se baseava na vontade do obrigado, em submissão passiva à força de outrem, contra a qual já não conta a vontade do condenado, parece-me que consiste na característica essencial da condenação, comum à condenação civil e à penal. Até que a violação da obrigação primária produza apenas o surgimento de uma nova obrigação cujo cumprimento é igualmente confiado à vontade do devedor, a sentença que determina esta substituição de uma relação obrigatória por outra (cuja substituição é real sanção), não é uma sentença de condenação: a

Percebe-se, portanto, nessa perspectiva clássica, uma necessária correlação existente entre a sentença de condenação e a execução forçada que ela prepara⁹⁴. A sentença condenatória, portanto, vem dotada de uma “função sancionatória específica”⁹⁵, que a diferencia da sentença meramente declaratória, que é justamente a de abrir as portas da execução.⁹⁶ Nesse aspecto funcional, então, a sentença condenatória serviria à atividade executiva do Estado, que ocorre através de medidas sub-rogatórias e independentemente da vontade do devedor.⁹⁷

Uma reflexão, ainda que sucinta, nos permite afirmar que a relação entre estas duas figuras, a condenação e a expropriação, se deve ao fato de que o processo, no contexto liberal clássico,⁹⁸ estava equacionado à tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, cuja realização dependeria apenas da atividade expropriatória. Segundo Andrea Proto Pisani, a negligência em perceber a existência de direitos diversos do

condenação ocorre somente quando, por força da sentença, a relação de obrigação é substituída por uma relação de sujeição. A transformação da obrigação em sujeição, parece-me ser realmente a função específica da sentença (...) Enquanto as sanções de direito material, que consistem na substituição da relação original por uma nova relação obrigatória, não carecem de sentença do juiz para se concretizar (o não cumprimento da obrigação primária enseja, sem dúvida, a obrigação de indenizar no campo material, a extrema ratio, que consiste em transformar a obrigação em sujeição e em confiar à força dos órgãos executivos a proteção daquele interesse que antes ficava à vontade da parte obrigada, só pode ser cumprido por meio da sentença condenatória.” (tradução livre) (CALAMANDREI, Piero. **La Condanna**. In: Opere giuridiche—Volume V: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 490-492).

⁹⁴ Apenas para fins de esclarecimento: “Execução forçada é sinônimo de execução direta ou de execução por sub-rogação, ou seja, é a execução que faz com que o direito do autor seja realizado por agente do Estado (oficial de justiça) ou por terceiro, sem que importe a vontade do réu.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 481).

⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 18.

⁹⁶ CALAMANDREI, Piero. **La Condanna**. In: Opere giuridiche—Volume V: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 490-491.

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 189.

⁹⁸ Nesse sentido, é salutar o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni: “(...) o conceito de sentença condenatória é um conceito doutrinário formado à luz de certos valores, certamente presentes no direito liberal clássico. Para se compreender o conceito de sentença condenatória é preciso tomar em conta os valores do momento em que foi concebido. (...) o direito liberal, para dar concretude a um princípio completamente artificial - o da abstração das pessoas e dos bens -, limitava-se a exprimir a equivalência das mercadorias. Nesse sentido, bastava a tutela pelo equivalente ou ressarcitória em dinheiro, pois o processo objetivava apenas dar normal funcionamento ao mercado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54). E ainda: “A partir da tutela jurisdicional expressa em pecúnia, perfeitamente adequada à lógica do Estado liberal, construiu-se uma técnica processual que se consubstanciava na condenação, que, em caso de inadimplemento, deveria ser seguida pelos mecanismos executivos de expropriação, destinados a permitir a realização forçada do direito de crédito, mediante a penhora, a venda do bem e o pagamento do credor.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 755).

crédito em dinheiro no ordenamento jurídico levou a uma relação indissociável, também no direito italiano, entre a condenação, a responsabilidade patrimonial e a execução por sub-rogação, de modo que outros direitos extrapatrimoniais, quando violados, seriam necessariamente convertidos em pecúnia.⁹⁹

Isso revela, por si só, que a técnica da sentença condenatória, da forma como concebida e reproduzida na redação original do Código de 1973, era incapaz de tratar de maneira adequada diversas situações de direito substancial e de proporcionar-lhes tutela na forma específica.¹⁰⁰

Outro fator característico do sistema de execução civil liberal, eminentemente vocacionado à reparação pecuniária de danos, é a relação necessária que se construiu entre a sentença condenatória e os meios de execução por sub-rogação previstos em lei. A chamada tipicidade dos meios executivos representava verdadeira garantia de liberdade do cidadão inserido no contexto do Estado de Direito. De um lado, a regra da tipicidade eliminava a possibilidade de o juiz atuar de forma arbitrária, à margem da lei, e, de outro, assegurava que a esfera jurídica do devedor não seria invadida por meio executivo diverso da execução por sub-rogação.¹⁰¹

Vale pontuar que a associação da sentença condenatória à tutela ressarcitória pelo equivalente monetário e aos meios típicos de execução era tão acentuada nessa perspectiva clássica que, no entender da doutrina, não haveria sequer condenação quando o objeto da sanção fosse uma prestação de natureza infungível, porque a sua realização dependeria necessariamente da vontade do devedor e de nenhuma

⁹⁹ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 143-144 e 746. Atualmente, esta relação encontra-se superada no direito italiano. O autor ressalta a importância de observar a técnica de sentença utilizada a partir da natureza da obrigação a que se pretende dar cumprimento, reconhecendo a possibilidade da sentença dar azo à execução forçada ou à aplicação de medidas coercitivas.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77.

¹⁰¹ A sentença condenatória, concebida no contexto do liberalismo clássico, carrega consigo os valores de liberdade e de segurança jurídica, de proteção do indivíduo contra arbítrio do Estado-jurisdição. Essa ideologia levou à necessidade de subordinar o exercício da execução aos meios previstos na lei, o que repercutiu na doutrina italiana clássica e, por consequência, na doutrina brasileira do Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 771; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 104; MANDRIOLI, Crisanto. **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 42. – este último, tratando a tipicidade como regra da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor.

utilidade seriam as medidas típicas de sub-rogação¹⁰². É por esta razão que Calamandrei, considerando a inadmissibilidade da aplicação de medidas coercitivas sobre a pessoa, chegou a afirmar que a sentença que impõe ao autor que escreva um livro, por exemplo, não teria praticamente outro efeito senão aquele de tornar indiscutível a relação jurídica, característico da sentença declaratória ou de mero accertamento, já que, naqueles casos, seria impossível a sujeição do devedor à execução.¹⁰³

No direito e na doutrina nacionais, Liebman reconheceu nessa situação de prestação infungível a impossibilidade prática de dar ao credor a satisfação pelos meios típicos expropriatórios. Segundo o autor, além de a vontade do devedor se tornar insubstituível, seria indesejável a aplicação da força estatal sobre a sua pessoa (e não sobre o seu patrimônio), a fim de constrangê-lo a cumprir a obrigação. Nesses casos, diante do descumprimento da obrigação imposta, o máximo que a sentença poderia alcançar seria a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, convertendo-se a obrigação de fazer em perdas e danos ou em realização por terceiro, às custas do executado.¹⁰⁴

A tutela ressarcitória pelo equivalente monetário como regra geral do sistema de justiça e a tipicidade dos meios executivos, ambos construídos em torno da técnica da sentença condenatória, são questões bastante preocupantes do ponto de vista da realização do direito material. Mas há ainda um terceiro problema, talvez de importância ainda maior para as reflexões que se pretende desenvolver no presente trabalho: a antiquada concepção de que haveria uma separação estanque entre o chamado “processo de conhecimento” e o “processo de execução”. E,

¹⁰² TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 191. Taruffo critica essa situação, afirmando se tratar de uma violação ao princípio da isonomia a partir do direito de acesso ao Judiciário: “Parece desarrazoado, em outros termos, que em face de situações em que a adequada reparação do direito se dá mediante tutela condenatória, essa seja aplicada para alguns casos e excluída de outros. A depender do tipo de situação que se quer proteger judicialmente, fundada na violação de um direito ou no inadimplemento de uma obrigação, deve sempre poder corresponder o tipo de tutela mais adequado para remover o adimplemento ou os efeitos da violação. Se assim não ocorre, porque, por exemplo, se exclui a possibilidade da tutela condenatória quando faltam instrumentos de execução forçada ou não é possível a conversão do direito em um equivalente patrimonial, a falta de acesso a tal tutela jurisdicional revela uma lacuna no sistema de tutela dos direitos, que implica uma lesão ao princípio da igualdade no sentido acima defendido, isso é, de tratamento igual de situações análogas” (tradução livre). (TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. Revista de Processo, v. 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007).

¹⁰³ CALAMANDREI, Piero. **La Condanna**. In: Opere giuridiche–Volume V: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 493.

¹⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 233 – 235.

consequentemente, de que para dar início aos atos executórios seria necessária a propositura da chamada ação executiva.¹⁰⁵

O Código de Processo Civil de 1973, em sua conformação originária, além de estabelecer a precedência necessária dos atos de cognição em relação aos de execução¹⁰⁶, ainda firmou a autonomia de cada uma das atividades. Segundo Liebman, cujo magistério cimentou a redação original do Código,¹⁰⁷ a ação condenatória, assim como as demais ações de conhecimento, “morre por consumação”, ou seja, atinge seu fim ao transitar em julgado, enquanto a execução, na eventualidade de ser proposta, representaria novo e separado processo – assim como ocorria na *actio iudicati* do direito romano. Sustentava-se a autonomia do processo executivo na possibilidade de execução de títulos extrajudiciais e de execução no juízo cível da condenação em perdas e danos proferida pelo juízo criminal, bem como na existência de pressupostos próprios do processo de execução.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Identificando também estes problemas, Eduardo Talamini comenta que “a incompleteza da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na exigência de que aqueles atos materiais ocorram em outro processo - e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer: o processo condenatório é insuficiente porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte - remetendo-a ao posterior processo executivo” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 189).

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. P. 49-51; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5. Segundo Liebman, “(...) não pode proceder-se à execução senão depois de verificada legalmente a existência dos fatos que a justificam e que constituem a sua causa em sentido jurídico. Não se pode, pois, começar pela execução”. Ovídio Araújo Baptista da Silva já há muito tempo criticava essa ordem necessária de precedência entre a atividade de conhecimento e de execução: “a categoria que se conhece como sentença condenatória somente poderá ser compreendida tendo-se presente a natureza do processo jurisdicional de pura cognição, sem execução que lhe seja interna, e que sirva de pressuposto, como antecedente lógico e sistemático, para um segundo processo de pura execução. (...) Estabelecida a essencial precedência da cognição sobre a execução - que é a sutil e elaborada fórmula de aprisionar o julgador, impedindo-o de conceder tutela com base em juízos de verossimilhança -, teremos, como consequência necessária, na sentença condenatória, o elo a ligar o Processo de Conhecimento ao Processo de Execução, pois é ela, a sentença condenatória, como disse Carnelutti, o “nexo entre estes dois processos de cognição e o processo executivo”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146-148.

¹⁰⁷ Neste sentido, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98-102, 1986.

¹⁰⁸ Nesse sentido, o raciocínio desenvolvido por Liebman: “É preciso agora aprofundar um pouco mais este ponto e esclarecer se cognição e execução constituem fases distintas de único processo, ou dois processos separados e autônomos. A doutrina européia não duvida em considerá-los autônomos. Assim era em direito romano, pois a *actio iudicati* era ação que não diferia de todas as outras senão por ter como pressuposto a existência do iudicatum anteriormente proferido. Esta noção se obscureceu no direito medieval, em que era feita em regra per officium iudicis, quase em continuação do processo em que a sentença foi proferida. Prevaleceu, porém, novamente nos tempos modernos, embora com sentido diferente. De um lado a existência de sentenças que não comportam execução (sentenças declaratórias e constitutivas) tornou evidente que o processo de cognição constitui já por si forma perfeita e completa de tutela jurídica, que se manifesta na coisa julgada; ora a sentença condenatória

Nessa perspectiva, tem-se que à ação condenatória correspondia uma relação processual, que se desenvolvia ao longo do processo de conhecimento, enquanto à ação executória correspondia uma relação processual distinta e autônoma, que tinha lugar no processo de execução, e cuja instauração dependia do pedido do credor.¹⁰⁹

Por essa razão, Luiz Guilherme Marinoni, após afirmar que a sentença condenatória, nesta conformação tradicional, apenas “autoriza o requerimento dos meios de execução”¹¹⁰, esclareceu que a tutela do direito mediante a condenação, mesmo no caso do ressarcimento em pecúnia, somente seria obtida na hipótese de adimplemento espontâneo do devedor e que, de outro modo, seria necessária a propositura de uma nova ação, a ação executiva, que seria “oportunizada ao vencedor pela sentença”.¹¹¹

Assim, mesmo após o credor ter percorrido o longo caminho do processo de conhecimento, obtendo sentença que *declarasse*¹¹² procedente a sua pretensão,

também dá lugar à coisa julgada, como resultado concreto e imutável do processo de cognição. A execução, embora possível, nem sempre é necessária e freqüentemente o credor não precisa lançar mão dela. Salientou-se assim a autonomia da noção jurisdicional decisória na sua finalidade de verificação e formulação da regra jurídica válida para o caso concreto. Concluiu-se daí que a ação condenatória, da mesma forma que as outras ações, morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença. A execução, na eventualidade de ser proposta, representa novo e separado processo. De outro lado, o aparecimento de títulos executórios extrajudiciais, que dão lugar à execução imediata, mostrou a autonomia do processo de execução, que nem sempre depende de anterior processo de cognição. (...) Quanto ao mais, a execução tem os seus próprios pressupostos processuais, partes, objeto: o juiz é competente pode ser pessoa diferente da que processou e julgou a causa; as partes podem ser outras que não as do processo de cognição; a ação executória é ação nova nascida da sentença condenatória; o pedido do que promove a execução e portanto o objeto desta também é diferente, visando à realização da sanção, tal como indicada no título executório, e não a decisão de um conflito de pedidos contraditórios. (...) Por último, a autonomia da execução se manifesta em toda a sua evidência no caso em que a condenação por perdas e danos for proferida por juiz criminal. A execução que se processa perante o juiz cível já não tem com o processo condenatório nenhum dos vínculos exteriores que normalmente obscurecem a visão de sua completa independência.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 44-49.)

¹⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 218-219.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

¹¹² Com base na própria lição de Liebman, Ovídio Baptista da Silva afirmou que a condenação não passava, na verdade de uma mera declaração: “resultado, aliás, a que igualmente chega Liebman, ao ter de admitir que a sentença condenatória “não passa de uma declaração”, apenas distinta das sentenças meramente declaratórias por conter, no plano processual, a eficácia especial de natureza constitutiva criadora do título executivo. (...) Esta constatação (...) de que a condenação, no plano do direito material, não passa de uma declaração, é o primeiro indício para uma conclusão, que pode ser facilmente demonstrada de que realmente inexistente, no direito material, uma pretensão à condenação, capaz de gerar uma ação (material) de condenação, não passando, portanto, a respectiva sentença de uma bela fantasia ideológica, preservada pelo direito moderno, para ocultar a extrema debilidade da

deveria aguardar o trânsito em julgado e, enfim, voltar a juízo e propor nova demanda, fundada na pretensão executiva, enfrentando novamente todos os custos e obstáculos inerentes ao processo judicial. E isso quando não era necessário realizar a liquidação da sentença, que assumia a forma de um processo de conhecimento também autônomo e com “vida própria”.¹¹³ A doutrina, de um modo geral, reconheceu a insuficiência dessa técnica¹¹⁴ - sem dúvidas, está-se diante de uma situação em que a técnica processual imposta pelo regramento do Código se opunha à tutela efetiva do direito material.

Essa complicação desnecessária de submeter o credor a dois processos para

função jurisdicional.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146-147.) O autor, que se posicionava de forma contrária a essa divisão, ainda afirmou que ela foi um fator importante para a própria ineficiência da máquina judiciária: “Na imensa conjugação de fatores que condicionam nosso conhecido e sempre lamentado emperramento da máquina judiciária, fazendo com que os litígios se prolonguem, esta estrutura elementar que divide de tal modo o fenômeno jurisdicional - separando o conhecimento da execução em dois processos autônomos - tem uma responsabilidade inegável.” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo de conhecimento e procedimentos especiais*. **Revista dos Tribunais**. vol. 82. n. 692. p. 40-47. São Paulo: Ed. RT, jun. 1993).

¹¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 92-94. O autor trata das correntes doutrinárias acerca do caráter da liquidação de sentença anteriores à vigência da Lei 11.232 de 2005.

¹¹⁴ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “a ação não pode se exaurir com a prolação da condenação e exigir uma outra ação para que os meios de execução possam ser utilizados. A condenação não satisfaz o autor; a tutela do direito material depende da realização do direito à soma em dinheiro. Ou seja, a ação em que se pede a tutela ressarcitória pelo equivalente ou do crédito pecuniário exige, além da condenação, a execução, não havendo como conceber duas ações - uma de conhecimento e outra de execução - para a obtenção de apenas uma tutela do direito material” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134.) Humberto Theodoro Júnior, no mesmo sentido: “a efetividade da jurisdição, para o credor, não era alcançada no processo de conhecimento, pois ficava na dependência de novo processo posterior ao encerramento da relação processual cognitiva” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 66.) Segundo Bedaque: “(...) sentença condenatória normalmente seja insuficiente para solucionar a crise de adimplemento, constituindo mero elo de ligação entre o processo cognitivo e os atos executivos (...)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 546). Também Eduardo Talamini: “A incompleteza da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na exigência de que aqueles atos materiais ocorram em outro processo - e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer: o processo condenatório é insuficiente porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte - remetendo-a ao posterior processo executivo” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 190.) Apesar de expressamente se opor à “execução automática”, por vislumbrar violação ao princípio da demanda e à vedação do exercício de ofício da jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco reconhece a insuficiência da técnica condenatória para a tutela do direito: “em si mesma ela pouco oferece a quem tem o direito à tutela jurisdicional. A situação da vida que legitima o processo condenatório é sempre uma crise de adimplemento e tal espécie de sentença é incapaz de debelá-la. Limita-se a declarar a existência do direito merecedor de tutela e aplicar a vontade sancionatória para que depois, em processo executivo, a tutela jurisdicional efetiva e útil venha a ser dispensada ao titular. A partir daí, ou o direito vem a prevalecer mediante ato voluntário do obrigado, ou é imposto pela via imperativa da execução forçada: a sentença condenatória, em si mesma, não é capaz de oferecer um resultado útil e efetivo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, nº 81, 1996, p. 54-8, nota de rodapé n. 84).

resolver um único problema foi uma escolha legislativa muito comum em diversos sistemas processuais ao longo da história.¹¹⁵ Após o abandono da *actio iudicati* romana na Idade Média, com a adoção da “execução *per officium iudicis*”,¹¹⁶ na França, o Código Napoleônico, ainda no século XIX e, na tentativa de uniformizar a execução de títulos judiciais e extrajudiciais, resgatou a execução dependente de ação autônoma,¹¹⁷ tendência que também foi acolhida pelo direito italiano e que permanece vigente nos dias atuais na Itália. A lição de Crisanto Mandrioli e Antonio Carrata é ilustrativa e esclarecedora: “a condenação, apesar de representar para a ação de cognição um ponto de chegada, em relação à ação executiva representa

¹¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 542. O autor afirma que, na realidade, o fenômeno encontra explicação de natureza exclusivamente histórica.

¹¹⁶ Sobre o abandono da *actio iudicati* na Idade Média, Liebman ensina que: “Quando, depois do ano 1000, ressurgiu nas universidades italianas a autoridade e o estudo do direito romano, duas mentalidades profundamente diferentes entraram em choque: a romana, embebida de respeito pelo direito, que exigia, mesmo depois de proferida regularmente a sentença condenatória, que se desse entrada à execução por meio e aceito *iudicati*, isto é, por meio de novo processo contraditório em que fosse possível apreciar se o direito do credor, já sancionado pela coisa julgada, assim subsistisse; e a germânica, rude e violenta, impaciente de qualquer demora, que permitia em primeiro lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentemente o exame imparcial das razões dos contendores. Os juristas da Idade Média conseguiram realizar um compromisso entre essas duas correntes contrárias e, atendendo às necessidades sociais e jurídicas de seu tempo, criaram o novo instituto da *executio parata* (execução aparelhada) que, por sua alta eficiência prática, representa ainda hoje a solução do problema. Reafirmaram eles, em primeiro lugar, o princípio da necessária precedência da cognição; o credor devia sempre submeter suas pretensões à apreciação do juiz em processo contraditório para que fossem julgadas procedentes, ou improcedentes (...) Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e portanto formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (...), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de “execução *per officium iudicis*”, considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença (...). Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 44-49). No mesmo sentido, de forma mais sintética: “Os juristas da Idade Média deram boa solução ao problema, já que, ao mesmo tempo em que firmaram a necessidade de o credor submeter a sua afirmação de direito à cognição judicial antes da prática dos atos de execução, permitiram que os atos executivos decorressem imediatamente da sentença condenatória, eliminando a ação de execução de sentença”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 749).

¹¹⁷ Comentando a opção legislativa, Theodoro Júnior afirma que: “Foi nos primórdios do século XIX, com o Código de Napoleão, que se tomou a iniciativa de unificar a execução. Como, em volume, as execuções de títulos de crédito eram muito mais numerosas e frequentes do que as execuções de sentença, a unificação se deu pela prevalência do procedimento próprio dos títulos extrajudiciais. Assim, depois de séculos e séculos de informalidade no cumprimento das sentenças, voltava este a submeter-se à velharia ultrapassada e injustificável da *actio iudicati*. (...)”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51).

ponto de partida ou alicerce”.¹¹⁸ Do que se extrai da lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva, também no Brasil houve grande esforço para preservar a estrutura romana da *actio iudicati* - também preferida pelo modelo Estado liberal clássico -, mantendo-se a separação entre as atividades de conhecimento e de execução, ligadas pela sentença condenatória.¹¹⁹

Em nosso ordenamento, a superação dessa despropositada e artificial autonomia entre as atividades de conhecimento e de execução, assim como a previsão da tutela específica e da atipicidade dos meios executivos, veio com um movimento de reformas da redação original do Código de Processo Civil de 1973, iniciado na década de 1990 e que perdurou até o início do século XXI, tendo como nítido propósito minimizar os inconvenientes que o formalismo processual impunha à adequada tutela dos direitos.¹²⁰

Nesse sentido, junto da revolucionária previsão da antecipação de tutela, a Lei nº 8.952/1994 iniciou o mencionado ciclo de reformas incluindo no Código de 1973 o novo art. 461.¹²¹ Na mesma tendência do art. 84 do Código de Defesa do

¹¹⁸ Comentam Mandrioli e Carrata que: “(...) em relação a esta total autonomia estrutural do processo executivo face ao processo de condenação que (eventualmente) o precedeu, é fundamental que o processo executivo se introduza por uma solicitação específica e autônoma, dirigida a órgãos específicos e especificamente para a obtenção da tutela judicial executiva” (tradução livre). (MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. **Corso di diritto processuale civile**: nozioni introduttive e disposizioni generali. 11 ed. Torino: G. Giappichelli, 2013. v. 1, p. 8).

¹¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 183. Interessante notar o caso do Uruguai, onde, “diferentemente dos outros códigos hispano-americanos, a unidade do processo não é quebrada. O processo é o mesmo e único: suas várias etapas não alteram sua unidade. O processo de execução de uma sentença não é outro processo, mas o mesmo processo em um estágio diferente” (COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal**. Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 458). Nada obstante, naquele ordenamento, a “ação executiva” é indispensável, já que nenhuma sentença se executa sem a iniciativa do credor (p.448).

¹²⁰ Para um detalhamento específico das reformas, ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26 ed. São Paulo: Editora Leud, 2009; CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹²¹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Consumidor de 1990, o CPC passou a prever a técnica de sentença mandamental, apta a conceder a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, de qualquer natureza, com a possibilidade de imposição de multa coercitiva para o cumprimento da ordem. Desse modo, o cumprimento das sentenças relativas às obrigações de fazer ou não fazer passou a ocorrer de forma automática e sem intermediários, abandonando-se a fórmula da *actio iudicati*.¹²² Essa pode ser considerada, junto com a reforma do art. 273 do CPC/1973, a primeira relativização do binômio “processo de conhecimento” e “processo de execução”, sinalizando a transição do processo civil brasileiro padrão para o modelo sincrético.¹²³

O segundo momento de reforma diz respeito à Lei nº 10.444/2002 que, dentre outras alterações, incluiu no §5º do art. 461 do CPC a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos para obrigações de fazer ou não fazer, consagrando no Código, desse modo, o poder geral de efetivação das decisões. A previsão, que concedeu ao juiz a possibilidade de determinar quaisquer medidas necessárias para a efetivação da tutela, representou verdadeira mudança de paradigma no processo civil brasileiro, agora dotado de instrumentos processuais capazes de dar máxima efetividade das decisões judiciais e entregar a tempestiva e adequada da prestação jurisdicional prometida pela Constituição.

É interessante notar que, mesmo após as reformas, o dogma da sentença condenatória e da execução por sub-rogação continuou marcando o conceito de

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

Nesse sistema, como reconhece Dinamarco, “fica o juiz investido do poder de ditar medidas diferentes da pedida na inicial e concedida em sentença, com o objetivo de produzir resultado equivalente ao da obrigação descomprida pelo condenado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000. p. 83)

¹²² Aqui, necessário expor a ressalva feita por Marinoni, no sentido de que a sentença que atua sobre a vontade do demandado surgiu no direito brasileiro muito antes das reformas do CPC/1973, em razão das particularidades de determinados procedimentos especiais, como o do interdito proibitório. Segundo o autor, foi com a percepção das novas necessidades da tutela jurisdicional, especialmente as marcadas por conteúdo não patrimonial, que passou a ser necessária a imposição multa para o cumprimento da generalidade das obrigações de fazer e não fazer, inclusive aquelas fungíveis. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95).

¹²³ O fenômeno do sincretismo processual ou simplesmente processo sincrético, representa uma mescla entre as atividades de cognição e de execução, que passaram a conviver em um mesmo processo. Nesse modelo, há duas diferentes fases no processo: uma de conhecimento e outra de cumprimento, isto é, de satisfação do direito já reconhecido. E mais, essas etapas, não são necessariamente estanques, não havendo uma ordem de precedência necessária entre ambas: basta lembrar da antecipação de tutela ou mesmo do procedimento monitorio, previsto atualmente nos arts. 700 e seguintes do CPC.

execução adotado por boa parte da doutrina brasileira. Para Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, “em direito processual, execução é somente a execução forçada”. Segundo o autor, as medidas coercitivas agiriam sobre a vontade do executado, colocando-o em dilemas, com o objetivo de conduzi-lo ao cumprimento voluntário da decisão, o que seria incompatível com o conceito legítimo de execução.¹²⁴ Outros autores ainda se referem às medidas de coerção como “execução imprópria” ou “sucedâneos da execução”.¹²⁵ Hoje, no entanto, é entendimento convencional que a execução forçada pode ocorrer de forma indireta¹²⁶ ou direta, isto é, com ou sem a colaboração do executado.

A última reforma aqui considerada diz respeito à Lei nº 11.232/2005, que aboliu a ação autônoma executiva também quanto à condenação ao pagamento de quantia certa, consolidando, de forma definitiva, o paradigma do sincretismo processual no direito brasileiro.¹²⁷ Abandonando o modelo liebmaniano original do Código de 1973, a execução foi transformada em simples fase do processo em que proferida a sentença, de modo que a relação jurídica processual passou a ser, como regra geral, única durante o processo, em vez de se romper artificialmente em dado

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 101-103. No mesmo sentido, para Salvatore Satta, a verdadeira e única execução forçada é a expropriação e que a execução em uma forma específica não é, senão, o “exercício da lei controlada jurisdicionalmente” (SATTA, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. Torino: UTET, 1950, p. 3 apud DENTI, Vittorio. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 2).

¹²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Forense, 2012. p. 229-230. Nesse sentido, ensina o autor: “O emprego desses meios de coerção não constitui atividade propriamente executiva. A execução forçada, em sentido técnico, tem como característica a vir-tude de atuar praticamente a norma jurídica concreta, satisfazendo o credor, independentemente da colaboração do devedor, e mesmo contra a sua vontade, que se despe de qualquer relevância. Aqui, bem ao contrário, em vez de prescindir-se da atividade do devedor, o que se procura é influenciá-lo psicologicamente, para que se disponha a realizá-la, ele próprio. Atividade executiva autêntica pode, sim, vir a realizar-se, quando se for cobrar do devedor, pelo procedimento da execução por quantia certa, o montante da multa em que porventura incorra, pelo atraso no cumprimento da condenação principal. Fora daí, o mecanismo que ora se estuda é menos uma execução propriamente dita do que um sucedâneo da execução.”

¹²⁶ A doutrina se refere à execução por meios coercitivos como “execução indireta”, em oposição à “execução direta”, aquela em que “o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil** - vol. 5: execução. 7 ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2017, p. 50-51.) E mais adiante: “Já a decisão mandamental é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida executiva indireta, que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo ou incentivá-lo a cumprir a ordem judicial. Nesses casos, o Estado-juiz busca promover a execução com a “colaboração” do executado, forçando ou incentivando a que ele próprio cumpra a prestação devida. Em vez de o Estado-juiz tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado força, por meio de coerção psicológica ou de promessa de recompensa judicial, a que o próprio executado cumpra a prestação”.

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8-9; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 115.

momento.¹²⁸ Do mesmo modo, a liquidação passou a ser mera fase do processo, “constituindo providência *integrativa* da sentença exequenda, com o objetivo de oferecer liquidez ao título antes ilíquido”.¹²⁹

Com efeito, as reformas em questão representaram uma mudança paradigmática de grande importância no processo civil brasileiro, agora voltado à tutela efetiva e adequada do direito material, conforme a Constituição. Tanto é assim que a sua essência foi mantida e aprimorada pelo Código de Processo Civil de 2015, que consolidou o modelo de processo sincrético, e, em especial, a preferência pela tutela específica e a atipicidade dos meios executivos. Sem dúvida, esse movimento espelha uma maior preocupação com a efetividade do processo, considerando o seu caráter instrumental em relação aos direitos tutelados.¹³⁰

Não obstante, há que se fazer duas ponderações sobre a modificação implementada pela Lei nº 11.232/2005.

A primeira, com relação à execução da sentença condenatória ao pagamento de quantia. Não há dúvidas de que a reforma, nesse ponto, representou avanço significativo, na medida em que, a partir de então, o processo de conhecimento passou a se estender até a efetivação da tutela do direito reconhecido, mediante a atividade de execução necessária.¹³¹ No entanto, ainda que dispensada a instauração de um novo processo, a inauguração dos atos de sub-rogação dependia necessariamente do requerimento específico do credor, conforme o disposto no art. 475-J do

¹²⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribucion al estudio de los fines del proceso. 2 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, p. 149. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “a unificação do conhecimento com a execução nada mais é do que uma imposição decorrente da compreensão da ação como direito à obtenção da tutela do direito material, para o que não basta a mera declaração, sendo imprescindível a execução.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 761).

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 865.

¹³⁰ Elogiando o movimento de reformas, como manifestação do princípio da efetividade no campo legislativo, Bedaque afirma que “A preocupação do legislador com a efetividade da tutela jurisdicional é justificável e merece aplausos (...) Recentes alterações do sistema processual, por exemplo, eliminaram o binômio condenação/execução, dotando a tutela condenatória de auto-executoriedade (art. 461 e 461-A do CPC)”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.)

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 773.

Como bem observou Luiz Guilherme Marinoni, não havia qualquer elemento de executividade nesta técnica de sentença. Diferentemente daquelas que reconheciam obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, dotadas de executividade intrínseca,¹³³ a sentença que condenava ao pagamento de quantia tinha apenas uma potencial eficácia executiva, ainda dependente do requerimento do credor.¹³⁴

Na prática, essa circunstância impunha restrição clara à efetividade pretendida pela reforma e, ao fim e ao cabo, equiparava a sentença que reconhecia a obrigação de pagar quantia à sentença condenatória clássica, isto é, aquela que apenas tornava possível a imposição da sanção executiva.¹³⁵

¹³² Para Luiz Rodrigues Wambier, o mesmo continuou a ocorrer em relação à liquidação, que ainda se caracteriza como um processo autônomo de conhecimento. Pertinente a transcrição das ponderações do autor: “É certo, como se viu, que condenação, liquidação e execução passam a realizar-se, a partir da referida Reforma, no mesmo processo. Para que se dê início à liquidação, porém, deve o juiz aguardar o requerimento do autor (cf. art. 475-A, 1º); semelhantemente, a expedição de mandado de penhora depende de provocação do exequente (art. 475-J, caput). Não se trata, desse modo, de meras “fases” de uma mesma ação judicial”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 95.)

¹³³ Explicitando o conteúdo desse tipo de sentença, ensina Rodolfo de Camargo Mancuso: “Nos casos em que se evidencia a força mandamental-executiva do comando judicial, não há um intervalo ou um distanciamento entre ele e a sua implementação no plano da realização prática, justamente porque tal efetividade não fica a depender, nem da colaboração do devedor, nem de atos materiais de expropriação do seu patrimônio, mas na verdade se trata de comandos judiciais a um tempo compostos de cognição e de imperium, e por isso mesmo vocacionados a serem cumpridos.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 114).

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108; Nesse mesmo sentido: “Ou seja, sem que o exequente o requeira, fica o juiz manietado, como se não fosse sua a decisão desrespeitada. Quer isso dizer que, em realidade, o código não enxerga naquela decisão nenhum exercício de efetiva autoridade estatal. (...) Desobedecer uma sentença condenatória – ainda no direito vigente – não é infringir um comando do Estado. É apenas não adimplir uma obrigação e, portanto, sujeitar-se, sempre pela iniciativa do credor, a atos que tenderão ao adimplemento futuro.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018).

¹³⁵ Heitor Vitor Mendonça Sica comenta a modificação legislativa, deixando claro que a mudança diz respeito, na prática, somente à forma de comunicação do executado sobre o processo: “A exemplo do que já havia sido instituído no tocante às execuções de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa fundada em título judicial, dispensou-se (nova) citação pessoal do executado, de modo que a simples intimação de seu advogado (quando constituído) seria suficiente para dar início às atividades para cumprimento forçado da sentença que impõe obrigação de pagar quantia.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas sobre a efetividade da execução civil. In: ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti. **Execução Civil e temas afins**. São Paulo: RT, 2014. p. 494). Além da necessidade de requerimento, Flávio Luiz Yarshell e Marcelo José Magalhães Bonício lembram que, ainda que extinta a fase autônoma, os meios executivos na condenação de pagar continuaram atuando mediante sub-rogação, de modo que não haveria tanta diferença em termos de efetividade, na prática: “(...) a perda de autonomia do processo de execução não é capaz, por si só, de resolver os problemas da execução. Se, por um lado, o processo de execução (...) não existe mais, por outro, subsiste a necessidade de praticar atos materiais de invasão da esfera

Esse cenário, para grande parte da doutrina, foi mantido pelo Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista a redação do art. 523, que condiciona o cumprimento definitivo da sentença que reconhece a obrigação de pagar ao requerimento do exequente. Talvez essa tendência tenha se mantido em razão de um apego exagerado por parte da doutrina à vedação do exercício de ofício da jurisdição e ao princípio da demanda, com os quais qualquer forma de execução *per officium judicis*, seria incompatível¹³⁶ - o percurso realizado até o momento nos demonstra que essa lógica não deve prevalecer, considerando que o jurisdicionado não exerce seu direito de ação visando obter uma sentença, mas sim a prestação efetiva da tutela de seu direito.

Não obstante essa controvérsia, a redação transformadora do art. 139, IV do Código vigente pode apoiar a utilização de medidas diversas da execução por sub-rogação para o cumprimento de obrigações de pagar e, desse modo, levar à conclusão de que todas sentenças passaram a ter, ao menos potencialmente, executividade intrínseca.¹³⁷ Essa discussão, contudo, será objeto de tópico específico mais adiante.

A segunda ponderação a ser feita, e de importância elementar para o presente trabalho, diz respeito à consolidação do processo sincrético no ordenamento brasileiro. Há que se notar que, muito embora as reformas implementadas em 2005 tenham eliminado a necessidade da *actio iudicati* para a generalidade das sentenças, subsistem casos no ordenamento jurídico em que, mesmo em se tratando de título judicial, haverá necessidade de processo autônomo de execução. Dentre os poucos

patrimonial do devedor. Aliás, nas obrigações de pagar quantia, a técnica mandamental continua restrita à hipótese do art. 733 do CPC e a eventuais casos de mandado de segurança (...). Portanto, consoante já indicado, os meios executivos continuarão a atuar mediante sub-rogação – no caso da obrigação de pagar quantia, mediante penhora e expropriação. Dessa forma, a simples supressão de um processo autônomo (...) não é, por si só, fator que garanta a agilização da execução (...) (YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Execução civil** – Novos perfis. São Paulo: Editora RCS, 2006, p. 14-15).

¹³⁶ Nesse sentido, pertinente resgatar o comentário de Dinamarco, que se opunha a qualquer forma de execução de ofício: “Não se coaduna, todavia, com os generosos fundamentos da vedação do exercício da jurisdição ex officio, expressa categoricamente na lei e no princípio da demanda. Sabe o legislador moderno que o processo inquisitivo é fonte de injustiças e queda da imparcialidade do juiz e por isso é que o mecanismo judicial fica fadado à inércia inicial e sua atuação depende da iniciativa de parte. Nem faria muito sentido o exercício dessa atividade pacificadora e satisfativa, nos casos em que o próprio interessado não sinta a necessidade disso.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 134-135).

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 847.

exemplos existentes,¹³⁸ cumpre mencionar a sentença condenatória de ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos oriunda de ação coletiva, objeto específico das presentes reflexões. O tema será endereçado em tópico próprio, porém, desde logo, é inevitável observar que neste procedimento a sentença deve ser, como regra geral, liquidada e executada em processo autônomo, o que representa nítida incoerência dentro do modelo geral do processo civil brasileiro, eminentemente sincrético.

Como se viu, apesar dos avanços implementados pelas reformas processuais, subsistem alguns resquícios do modelo tradicional da sentença condenatória. Além de não subsistir nenhuma razão clara para a manutenção desse paradigma, exceto previsões legais dispersas e incoerentes com o próprio sistema e com o estágio de desenvolvimento atual do processo civil, a técnica condenatória tradicional, ao menos nas obrigações de pagar, sujeita o jurisdicionado à necessidade de reiterar, por meio de um requerimento, a sua intenção óbvia, isto é, a tutela do direito já reconhecido, tornando o processo disfuncional e incapaz de alcançar, de forma descomplicada, a realização do direito material.

Por essa razão, a condenação deve ser totalmente descontaminada da ideologia tradicional que a informou, sob pena de se renunciar a efetividade e a instrumentalidade do processo e reduzir a técnica a um formalismo despropositado e prejudicial à parte cujo direito já foi reconhecido.

1.1.5 Elementos em favor da efetividade no sistema processual

Do que foi desenvolvido até aqui, já se pode notar que a doutrina brasileira, a partir da leitura e interpretação da Constituição Federal, arquitetou um conceito principiológico de efetividade, que informa todo o processo civil e que orienta a elaboração e a aplicação das técnicas processuais em favor da realização satisfativa do direito material.

Nestes próximos tópicos, serão analisados três temas representativos dessa construção interpretativa-constitucional, aqui chamada de princípio da efetividade. Os dois primeiros são exemplos de incorporações infraconstitucionais da efetividade, no

¹³⁸ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 166. O autor identifica seis exemplos de casos em que o processo não é, de fato, sincrético, diante da subsistência do processo de execução autônomo.

Código de Processo Civil de 2015, para além do já mencionado art. 4º (o direito de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em prazo razoável), e que, agora, passam a existir no sistema como fontes normativas próprias, evidentemente em harmonia com seu princípio informador. O último tema, por sua vez, pode ser referido como uma tendência, ainda não totalmente concretizada, mas que também tem como um de seus propósitos o aumento da efetividade do processo.

1.1.5.1 Adaptabilidade procedimental: dos procedimentos especiais típicos à construção do procedimento adequado ao caso concreto

Uma importante manifestação do princípio da efetividade, no plano normativo vigente, foi a previsão, pelo Código de Processo Civil de 2015, de dispositivos que permitem a flexibilização e customização procedimental, pelas partes e pelo magistrado.

Nesse sentido, a lei processual concedeu ao juiz o poder de "dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito" (CPC, art. 139, VI) e, especificamente, de "dilatatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação" (art. 437, 2º). Ainda, somente no caso de cumulação de pedidos, o juiz pode, ao longo do procedimento comum, empregar as "técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados" (art. 327, § 2º, CPC). De outro lado, o Código estabeleceu a cláusula geral de negócios jurídicos processuais, para que as partes possam "estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" (art. 190). No mesmo sentido, permitiu que as partes fixem calendário para a prática de atos processuais (art. 191).

O tema de adaptação ou flexibilidade procedimental não é novo na doutrina brasileira.¹³⁹ A sua investigação está relacionada com o estudo dos procedimentos

¹³⁹ Como já visto anteriormente, com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, Marinoni defende que o juiz, tomando em conta as particularidades do direito material considerado, poderá criar o procedimento no caso concreto, suprimindo a omissão legislativa. VER REF. Destacam-se, ainda, os trabalhos de Fredie Didier Jr. e Fernando da Fonseca Gajardoni: DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.

especiais – aqui tidos como técnicas processuais – e com o paradigma da estrita legalidade na aplicação das formas processuais, que prevalecia no CPC/1973.

Os procedimentos especiais surgem no ordenamento brasileiro a partir da superação do mito da uniformidade procedimental, a ideia de que um tipo de procedimento seria capaz de resolver todos os conflitos levados ao Poder Judiciário. Segundo a doutrina, a ordinariedade e unicidade do procedimento estariam relacionadas à tentativa de isolamento do processo em face do direito material, própria da fase autonomista do processo, e, também, ao mito da igualdade formal, que, a partir da ideologia liberal, desconsidera a pluralidade e diversidade das situações do mundo real.¹⁴⁰ Isso resultou em uma conformação procedimental, isto é, em uma técnica processual, autorreferente e totalmente neutra e indiferente às necessidades do direito material. A insuficiência desse modelo foi percebida a partir da lógica instrumentalista, em razão da existência de situações de direito substancial que não se acomodavam ao procedimento comum,¹⁴¹ bem como a partir da necessidade de racionalização econômica do procedimento para os casos mais simples.¹⁴² Diante

Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, n.º 9. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p. 226-238; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

¹⁴⁰ Segundo Marinoni, “o fruto mais óbvio dessa escola foi a pretensão de uniformização do procedimento. A ideia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material. Tanto é verdade que os processualistas clássicos sempre enxergaram os procedimentos especiais como exceções ao procedimento ordinário”. “(...) não há dúvida que a suposição de que bastaria um único procedimento para todas as situações de direito material implica em uma lamentável confusão entre autonomia e neutralidade do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47-49). No mesmo sentido: SILVA, Ovídio Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. Revista dos Tribunais. vol. 82. n. 692. p. 40-47. São Paulo: Ed. RT, jun. 1993.

¹⁴¹ Segundo o Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, revela exatamente a necessidade de adequação do processo ao direito material”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.) No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 39; MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 17a ed. São Paulo: Gen Atlas, 2017, p. 71; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 37-38; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 61-89, jun. 2012, p. 2;

¹⁴² A discussão sobre a racionalização econômica dos procedimentos, especialmente no que diz respeito à aplicação de um procedimento único e completo para os casos de resolução mais simples, foi travada principalmente no direito norte-americano. A doutrina costuma criticar o chamado procedimento transsubstantivo, também chamado de modelo “one size fits all”, afirmando que os casos analisados são muitos diferentes para serem tratados de forma efetiva e eficiente por um único tipo de procedimento. O maior problema seria o do desperdício de recursos financeiros ao utilizar um

disso, o legislador brasileiro passou a prever os chamados procedimentos especiais, técnicas processuais específicas que, além de garantirem a economia e celeridade processual, pela delimitação da cognição judicial, eram delineadas a partir das especificidades das situações de direito material, conforme o chamado princípio da adequação procedimental, subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional.¹⁴³

Apesar de esse modelo de especialidade procedimental ter prevalecido no plano legislativo,¹⁴⁴ a doutrina identificou nele alguns inconvenientes. Para citar os dois mais significativos, percebeu-se a impossibilidade de o legislador instituir tantos procedimentos diferenciados quantas fossem as necessidades de direito material, mesmo porque os conflitos na sociedade estão em constante mutação e as particularidades dos casos concretos são imprevisíveis.¹⁴⁵ Assim, a proliferação de procedimentos não significava necessariamente adequação e suficiência.¹⁴⁶ Ainda,

procedimento muito elaborado, delineado para casos de alta complexidade, em uma situação de simples e fácil resolução. (SUBRIN, Stephen N. The Limitations of Transsubstantive Procedure: An Essay on Adjusting the One Size Fits All Assumption. **Denv. UL Rev.**, v. 87, 2009. p. 388-393). Diante disso, Steven Gensler defende um modelo de procedimento “feito sob medida”, que exige um esforço de case management, para flexibilizar o procedimento único às necessidades do caso concreto. As analogias são extremamente interessantes: “Se as partes assim escolherem, ou se o tribunal, agindo como “alfaiate”, ordenar, o caso pode receber uma camisa de linho arejada em vez do casaco de inverno pesado. Ou, para seguir a metáfora automotiva, as regras de processo são um showroom de marcas e modelos; em última análise, cabe às partes e ao tribunal determinar se eles vão dirigir um Cadillac ou um Chevy. Aí reside a conexão com o case management. O processo que acabei de descrever requer gerenciamento de caso ativo e significativo.” (GENSLER, Steven S. Judicial case management: caught in the crossfire. *Duke Law Journal*, 2010, p. 699).

¹⁴³ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma que “a criação dos procedimentos (mediante os quais os direitos serão tutelados) não se realiza por prestigitação, nem serviria à tutela jurisdicional efetiva e adequada qualquer rito, criado com alto grau de abstração em relação à situação jurídica posta sob apreciação judicial. Vigora, em razão disso, o princípio da adequação, que se justifica na necessidade de se empresar a maior efetividade possível ao direito processual”. DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.º 9. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p. 226-238, p. 228-231.

¹⁴⁴ Dentre as características que a doutrina tradicional apontava neste modelo de procedimentos especiais, podemos citar a legalidade e a taxatividade, segundo as quais os procedimentos especiais eram estabelecidos na lei em sentido formal e, somente nela poderiam ser previstos; a excepcionalidade, segundo a qual a aplicação do procedimento especial corresponderia a um “desvio” de rota do curso normal do procedimento comum; a indisponibilidade, segundo a qual, quando fosse hipótese de aplicação do procedimento especial, não haveria opção para o litigante escolher outro procedimento; a rigidez e inflexibilidade; a infungibilidade entre os procedimentos. (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 32-39).

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 35-38; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 50.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm,

percebeu-se que a previsão de dezenas de procedimentos especiais típicos tornava o sistema complexo demais, sem razão de ser, já que os procedimentos tendiam a adotar, após a fase inicial, o rito ordinário, sendo necessária uma simplificação, como bem advertiu Egas Moniz de Aragão.¹⁴⁷

A partir destas críticas, somadas à ênfase dada ao aspecto eficaz do processo, parte da doutrina passou a defender a possibilidade de o juiz, atuando como diretor do fenômeno processual, flexibilizar o procedimento legal considerado inadequado, adaptando-o às peculiaridades do caso concreto.¹⁴⁸ As reivindicações da

2018, p. 79. Os autores ainda afirmam que “A adequação procedimental de cunho exclusivamente legislativo é limitadora, porque desconsidera a igualdade material; baseia-se em normas gerais e ignora a complexidade social, pressupondo realidades homogêneas e reduzindo a estereótipos engendrados pelo próprio Estado a diferença entre a situação de indivíduos diferentes.”

¹⁴⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001, p. 123-125. No mesmo sentido, Dierle José Coelho Nunes afirmou que “Ademais e dentro dessa tônica de análise, ao se verificar a legislação brasileira, percebe-se que as leis processuais estão permeadas de inúmeros tipos de procedimentos diferenciados, criados para uma melhor adaptabilidade do processo ao litígio em discussão, permeados de incontáveis nuances técnicas especiais (v.g., prazos diferentes, inversões procedimentais) que podem funcionar em países nos quais os profissionais são especializados, mas que terão pouca chance de obterem êxito quando se está diante de um profissional formado para ser generalista. A profusão de procedimentos especiais, nos moldes brasileiros, de prazos diferenciados, e de outras especializações, apesar de serem impostos sob o argumento de maior adaptabilidade, simplificação procedimental, sumarização, rapidez e eficiência, conduz, claramente, a um aumento da complexidade processual e gera inúmeras dúvidas ao profissional mediano (além de gerar uma infinidade de recursos para esclarecer as aludidas dúvidas). A despeito do discurso que proclama a necessidade de simplificação processual e mesmo de aproximação do processo ao cidadão, essa multiplicação de procedimentos especiais e de reformas sem fim do processo comum, levam justamente ao efeito contrário”. (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010)

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.º 9. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p. 226-238, p. 237; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63-65 e 70; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Procedimento: formalismo e burocracia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001, p. 124. NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 247-249; Em sentido, contrário, Cândido Rangel Dinamarco defende que “É claro que, com certas atitudes menos ortodoxas ou desapegadas do texto da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outra e que, não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática. São atitudes marcadamente instrumentalistas (...) quando inovar por conta própria, contra legem ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade”. (DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 235-236). Heitor Sica, também reconhecendo os problemas da previsão de diversos procedimentos especiais, sugere como possível solução a atribuição do poder de alterar o procedimento ao juiz, apesar de advertir sobre um possível efeito negativo de atraso na marcha processual, em razão da necessidade de observância do contraditório ou em razão da falta de habitualidade dos juízes com o exercício do poder diretivo (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em

doutrina não tiveram impacto na redação do Código de Processo Civil de 1973, que se manteve atrelado, de um modo geral, ao regime de rigidez procedimental.¹⁴⁹ Já o anteprojeto do Código de 2015, em seu art. 107, V, acolheu as propostas doutrinárias e dispôs expressamente sobre a possibilidade de o juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. A redação final do Código de 2015, no entanto, não foi tão longe e acabou optando por uma possibilidade de flexibilização judicial “mitigada”, limitada ao aumento de prazos e à inversão da ordem produção dos meios de prova (art. 139, VI), reservando às partes a possibilidade genérica de negociação de mudanças no procedimento (art. 190).

Não há dúvidas de que a introdução da adaptabilidade entre os poderes do juiz é fruto de um movimento que visa tornar mais efetivo o processo, na sua tarefa de realização do direito material. Aliás, a redação do art. 139, VI, expressa a preocupação com as “necessidades do conflito”, e declara a intenção de “conferir maior efetividade à tutela do direito”. No entanto, limitar o poder de gestão procedimental do juiz à simples dilatação de prazos e à modificação da ordem da produção de prova representa muito pouco em termos de efetividade. Chega a ser difícil vislumbrar situações em que a mera ampliação dos prazos possa conferir efetividade à tutela do direito material violado ou ameaçado. Nessa medida, o dispositivo, caso interpretado de forma literal, claramente não tem a capacidade instrumental de oferecer aquilo que se dispôs a concretizar.

Sem desconsiderar a rejeição da regra de flexibilidade mais ampla sugerida pelo Anteprojeto – motivada pela preocupação com a previsibilidade do procedimento e com a segurança das partes –, defendemos uma interpretação teleológica e constitucional do dispositivo que introduziu a adaptabilidade ao Código de Processo Civil. Com efeito, a redação do art. 139, VI não afasta a possibilidade de o juiz aplicar

torno da teoria geral dos procedimentos especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 61-89, jun. 2012, pp. 8)

¹⁴⁹ Como já analisado, “na visão tradicional, os procedimentos são todos rígidos e inflexíveis. Quanto mais rígido, mais previsível o procedimento, atendendo às exigências da segurança jurídica, primado do paradigma racionalista, cuja metodologia buscava aproximar-se das ciências naturais e matemáticas. Os procedimentos especiais haveriam, nesse sentido, de ser também rígidos e inflexíveis.” (DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 37)

as técnicas processuais idôneas à tutela efetiva do direito material, consideradas as peculiaridades do caso concreto, caso vislumbre que a técnica prevista em lei, seja ela de sentença, de execução ou mesmo um determinado procedimento, não se mostra apta à realização da tutela adequada ao direito material. Do mesmo modo, a regra do art. 327, § 2º, que admite a conjugação de técnicas processuais na hipótese de cumulação de pedidos com procedimentos específicos diversos, não afasta a possibilidade de conjugação nos demais casos. Pelo contrário, a previsão desses dispositivos no CPC representa justamente a incorporação do valor da efetividade pelo legislador processual, ainda que de forma tímida, e, portanto, reafirma a sua importância como norte para a produção legislativa e para a aplicação das regras do processo civil pelo juiz. Como já adiantado, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do magistrado, como gestor do processo, outorgando-lhe o dever de aplicar a técnica processual adequada ao caso concreto, caso as técnicas previstas no procedimento previsto em lei se mostrem inidôneas, e de suprir eventuais lacunas legislativas que impeçam a prestação da tutela efetiva do direito.¹⁵⁰

É evidente que o processo não pode prescindir de um mínimo de organização, sendo inconcebível a sua total informalização.¹⁵¹ Mas, como já afirmava José Roberto dos Santos Bedaque, “o sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificadas de cada processo”.¹⁵² Ora, a aplicação de determinado procedimento estanque, tal como posto na lei abstrata, pode não servir à tutela do direito no caso concreto e é papel do juiz, ao coordenar a atividade jurisdicional, zelar pelo cumprimento da finalidade do processo com efetividade. A regra, então, é a observância do procedimento previsto em lei, comum ou especial, mas com a possibilidade de adaptação de determinados instrumentos, quando a forma legal não for adequada à realização do direito material, tal como uma estrutura de peças combináveis de várias formas, em que as peças são as técnicas processuais.¹⁵³

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 158.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 109.

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51.

¹⁵³ Calamandrei, à luz da legislação processual italiana revogada, afirmava que o juiz e as partes deveriam eleger o rito ou a combinação de peças que parecesse mais adequada para a tutela do caso em concreto, mas somente dentre as opções previamente postas na legislação, modelo de flexibilização conhecido como legal alternativa. Nesse sentido, explicou que: “É a lei que, via de regra, determina de antemão as formas a serem seguidas; mas, muitas vezes, em vez de fixar uma única

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, e Daniel Mitidiero, explicitam que “a adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo”.¹⁵⁴ Fredie Didier, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, no mesmo sentido, também reconhecem o atual procedimento comum como “adaptável, maleável e flexível”¹⁵⁵, afirmando que técnicas especiais possam ser aplicadas independentemente do procedimento, de modo a oferecer ao jurisdicionado um “repertório de instrumentos que possam ser combinados, a fim de emprestar ao procedimento maior efetividade.”¹⁵⁶

A propósito, no âmbito da técnica executória, a doutrina já anunciou que, se houver uma concretização da interpretação do art. 139, IV, do CPC/2015 no sentido de ampliação dos poderes do juiz, haverá um esvaziamento da necessidade de procedimentos especiais executivos (execução de alimentos, fiscal, etc.), tendo em vista a possibilidade de o juiz, nessa lógica, reconfigurar totalmente o procedimento comum executivo por quantia certa, para torná-lo sempre adequado e efetivo. O art.

forma possível, indica alternativamente mais de uma, para que o mesmo ato ou a mesma fase do processo possam validamente realizar-se de várias maneiras, à escolha dos interessados. É, portanto, uma combinação do princípio da legalidade com o da pluralidade das formas: o juiz e as partes devem, em regra, seguir as formas estabelecidas pela lei, mas podem escolher caso a caso entre os vários tipos de formas que a lei permite, à disposição deles.” (tradição livre de CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. In: **Opere giuridiche–Volume IV:** Istituzioni di diritto processuale civile. Roma TrE-Press, 2019, p. 206). De outro lado, a flexibilização legal pode ser genérica, como ocorre no direito português, “caso em que a norma deixa, a critério do julgador, a variação procedimental adaptadora, sem indicá-la expressamente, inclusive com a possibilidade de o juiz, (...) combinar procedimentos ou técnicas processuais já existentes”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, p. 135-163, 2020, p.141). Por fim, poder-se-ia adotar o modelo de flexibilização procedimental judicial, caso em que, ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competiria ao juiz, modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que serão praticados (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, p. 135-163, 2020, p. 141-142). Considerando essa taxonomia, o legislador brasileiro teria adotado o modelo de flexibilização legal genérica do procedimento, porém de modo mitigado, permitindo-a somente em duas hipóteses. Como se vem argumentando, essa previsão não afasta o dever do juiz, caso verifique a total idoneidade da técnica processual prevista em determinado caso concreto, realizar o controle do procedimento, aplicando a técnica que seja adequada, com a devida fundamentação.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015, p. 249.

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 70.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 89.

139, IV, interpretado em seu pleno potencial, representa a instituição, pelo próprio legislador, de um modelo de flexibilização procedimental judicial para o cumprimento das obrigações de pagar – para se utilizar da taxonomia específica do tema da adaptação¹⁵⁷ –, já que, na hipótese de o juiz vislumbrar a inidoneidade do método expropriatório dos arts. 523 e ss. do CPC/2015, poderia aplicar a técnica adequada, ainda que não prevista em lei. O tema da atipicidade das medidas atípicas para obrigação de pagar será objeto de análise específica no próximo item.

Nessa atividade de adequação judicial, seja nos estritos termos do art. 139, VI do CPC, ou da aplicação da técnica processual adequada ao caso concreto, todas as demais garantias processuais devem ser observadas. O eventual risco de violação à previsibilidade, pelo desvio da rota originalmente traçada, é eliminado com a necessidade de audiência prévia das partes, em contraditório,¹⁵⁸ conforme determinam os art. 9º e 10 do CPC/2015. É certo também que o juiz, ao adaptar o procedimento, deve fazê-lo com a finalidade de conciliá-lo às exigências do direito material e somente nos casos em que puder demonstrar que a técnica abstratamente prevista não é capaz de atender às necessidades do caso concreto, ônus argumentativo que deve ser superado mediante fundamentação expressa e adequada.

Quanto aos negócios jurídicos processuais, por sua vez, o próprio Código adotou um modelo de flexibilização amplo do procedimento, condicionado somente à disponibilidade do direito versado e à capacidade das partes, e, por fim, sujeito ao controle de validade pelo juiz, no exercício da figura de diretor do processo (art. 190, *caput*, CPC/2015). A resolução nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no mesmo sentido, recomenda e permite a celebração de convenções processuais pelos seus membros toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes (art. 15). Diante desse modelo, que praticamente permite aos protagonistas do processo a construção do procedimento no caso

¹⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 157-159. O autor classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividido em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária.

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.º 9. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p. 226-238, p. 236.

concreto,¹⁵⁹ caberá à doutrina e à jurisprudência estabelecer ou não limites para a autonomia das partes, a partir da ponderação com o interesse público presente em todo tipo de processo.¹⁶⁰

Vale pontuar que já existe manifestação da doutrina no sentido de possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais sobre o procedimento também na fase de execução, em prol da adequação dos atos executivos ao interesse das partes e da própria previsibilidade do procedimento.¹⁶¹ Tem-se sugerido, inclusive, a possibilidade de o negócio processual versar sobre a aplicabilidade ou não do art. 139, IV, CPC/2015, isto é, da cláusula de atipicidade dos meios executivos, o que pode ensejar maior ou menor efetividade da atuação executiva.¹⁶²

1.1.5.2 Atipicidade dos meios executivos para a efetivação das obrigações de pagar

Nas duas últimas décadas, diversos autores diagnosticaram a situação de

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 54.

¹⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, p. 135-163, 2020, p. 144.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: **Revista de Processo**. v. 275, p. 193-228, 2018. p. 200. Segundo os autores, “a vantagem mais evidente é a adaptabilidade das medidas executivas às necessidades dos litigantes. Essa flexibilidade confere aos litigantes um poderoso mecanismo de adequação dos atos do processo aos seus interesses materiais e às zonas de interesse processual legítimas que sejam objeto de consenso. A lei atribui às partes a prerrogativa de adaptar as formas do processo executivo, o que pode representar um ganho procedimental em termos de efetividade. (...) Outra vantagem é a previsibilidade, reduzindo-se a incerteza sobre o resultado e minimizando riscos, o que é bom para todos os litigantes. Do lado do exequente, antecipa-se o procedimento para dar cumprimento ao título executivo com menos riscos e mais certeza do resultado; do lado do executado, por exemplo, previne-se um ingresso inadvertido em seu patrimônio, a penhora inesperada de um bem de grande utilidade, e até uma possível perda de credibilidade junto a outros credores no tráfego das relações jurídicas”.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: **Revista de Processo**. v. 275, p. 193-228, 2018. p. 210-211. Segundo os autores: “é permitido que as partes convençionem a proibição da tomada de algumas medidas executivas. Se a execução é pautada pelo interesse do credor, é evidente que ele mesmo pode, voluntariamente, decidir estabelecer limites a ela. No fim das contas, é como se o credor dissesse que não quer executar de uma determinada maneira. As partes podem convençionar, por exemplo, que não haverá a suspensão das atividades empresariais, medida executiva atípica”. De outro lado, afirmam que “é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia (arts. 523 e ss. do CPC), ou (ii) de determinadas medidas atípicas, que se transformariam em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas (arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, todos do CPC) e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC.”

crise na execução brasileira¹⁶³. Sem dúvidas, as reformas do Código de 1973, implementadas visando a melhora desse quadro, contribuíram para a obtenção de melhores resultados através da atividade executiva. Foi o que se viu com a Lei nº 8.952/1994, que modificou a redação do art. 461, § 4º, do CPC/2015, permitindo o uso da multa coercitiva para o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, e com a Lei nº 10.444/2002, que incluiu o §5º naquele artigo, consagrando a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos para esses tipos de obrigação.

Não há como negar a importância dessas inovações para o direito processual civil brasileiro em termos de efetividade, mas é inevitável notar também que, ao manterem a conformação tradicional da execução da obrigação de pagar, direta, típica e condicionada a requerimento, as reformas acabaram criando uma abismo desarrazoado entre as categorias de execução¹⁶⁴ e, em última análise, resultaram na “marginalização do crédito em dinheiro”.¹⁶⁵ Diante desse cenário, alguns autores, antes mesmo da promulgação no Código de Processo Civil de 2015, passaram a defender a possibilidade de aplicação da multa coercitiva também para as obrigações de pagar, ou ao menos advogar uma modificação legislativa neste sentido.¹⁶⁶

¹⁶³ Exemplificativamente, veja-se: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas sobre a efetividade da execução civil. In: ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti. **Execução Civil e temas afins**. São Paulo: RT, 2014. p. 489-509; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2 ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015, p. 121-123. GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 7-89. Este último, por sua vez, identificou talvez identificou o ponto nevrálgico da crise da execução civil: “a inadequação dos procedimentos executórios: o juiz da execução, prisioneiro de ritos que o distanciam das partes e da realidade da vida, impulsiona sem qualquer apetite a execução, conduzindo-a ao sabor dos ventos das provocações impacientes do credor e das costumeiras procrastinações do devedor”. (p. 8).

¹⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-, 2018, p. 46.

¹⁶⁵ DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 148 – 149.

¹⁶⁶ “Existe em sede doutrinária manifestação favorável à imposição de multa também no caso de descumprimento de sentença cujo objeto seja pagamento de quantia. Por razões ligadas à efetividade do processo, essa posição merece apoio integral. Não se vislumbra razão para a multa ficar restrita às obrigação de fazer, de não-fazer e de dar, especialmente porque abrangem também prestação e objeto fungíveis. Nessa medida, também pode o meio de coerção abranger o pagamento de quantia” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 552); “Quanto às astreintes multas pecuniárias diárias, parece-me que, sem prejuízo das regras sobre a litigância de má fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça, a lei deveria obrigar o juiz a fixá-las também nas sentenças condenatórias a prestações pecuniárias e a outras obrigações de dar, e no despacho inicial das execuções de títulos extrajudiciais correspondentes a essas espécies de prestações, como já estabelece hoje em relação às obrigações de fazer e de não fazer (artigos 644 e 645), se fracassados os demais meios coativos.” (GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 17.)

A redação transformadora do art. 139, IV, da lei processual vigente tem potencial para superar essa discrepância entre as técnicas disponíveis para a execução da obrigação de pagar e a atipicidade dos meios executivos que rege a execução nas demais modalidades de obrigação, na medida em que prevê a possibilidade o juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. A redação abre espaço não somente para a aplicação da multa coercitiva, mas também permite a utilização da técnica executiva mais apropriada e efetiva no caso concreto, ainda que não prevista em lei, concretizando, assim, o direito fundamental à tutela efetiva.¹⁶⁷ Ademais, como já adiantado, essa regra, a depender da interpretação que lhe for conferida, tem capacidade para equiparar a sentença condenatória relativa à obrigação de pagar às sentenças de executividade intrínseca, superando definitivamente o dogma da sentença condenatória neutra e despreocupada com a tutela efetiva do direito material.¹⁶⁸

No entanto, a previsão tem recebido diversas críticas por parte da doutrina¹⁶⁹ e seu uso tem sido excepcionado pela jurisprudência, principalmente a partir de um critério de subsidiariedade, segundo o qual o magistrado apenas poderia invocar a atipicidade prevista no art. 139, IV, CPC/2015 caso frustrada, na prática, a aplicação das medidas típicas de expropriação previstas nos art. 523 e ss. do Código de Processo Civil.

Para esta corrente, o fato de o legislador ter pormenorizado um procedimento específico de execução por quantia certa indicaria a sua clara opção pelos meios de

¹⁶⁷ Sérgio Cruz Arenhart critica a multa coercitiva da forma como implementada no direito brasileiro, quase como um tipo de indenização premiativa, defendendo a restrição de direitos como medida de coerção mais efetiva para o cumprimento das decisões: “a forma como tem sido praticada a multa coercitiva no sistema nacional desvirtuou totalmente sua finalidade. De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de “indenização premiativa”. (...) . Perdeu-se, em grande medida, o cunho coercitivo da medida, que se transformou em uma grande catapulta de indenizações vultosas e sem relação com o dano sofrido (...) Seja como for, se o sistema desvirtuou o papel coercitivo da multa, impõe-se encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos sem dúvida encontra campo fértil nesse ambiente.” ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-, 2018, p. 52-53.

¹⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-, 2018, p. 47-51.

¹⁶⁹ Alguns autores negam peremptoriamente a incidência de medidas atípicas. Por todos: ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, p. 111-113.

expropriação típicos, como garantia da segurança jurídica e da preservação da confiança das partes no rito do processo. Além disso, partidários dessa leitura reafirmam a excepcionalidade das medidas atípicas a partir do disposto nos art. 921, III e 924, VI, do CPC, que regulam a suspensão da execução por inexistência de bens impenhoráveis e a prescrição intercorrente, a qual nunca ocorreria se o juiz simplesmente sempre pudesse sempre determinar novas medidas coercitivas. Assim, a execução por quantia certa deveria observar, como regra, os meios tipicamente previstos e, em caso de ineficácia, seria permitindo, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no art. 139, IV.¹⁷⁰

A jurisprudência da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também caminha neste sentido, condicionando a aplicação de medidas atípicas no caso de obrigação de pagar à frustração dos atos de expropriação e, inclusive, à existência de indícios de ocultação de patrimônio, sob pena de transformar a execução indireta em um tipo de sanção civil de natureza material para aqueles que não dispõem de patrimônio, isto é, uma punição em face do não pagamento da dívida.¹⁷¹

¹⁷⁰ Esse é o entendimento comum da doutrina que defende a observância do requisito da subsidiariedade. No entanto, podem ser observadas algumas particularidades no entendimento de cada autor. Leonardo Greco, por exemplo, afirma que a medida típica poderia ser substituída pela adoção de medidas de coação indireta “se impossível ou excessivamente onerosa a satisfação da prestação pelos meios sub-rogatórios ordinários”, o que parece indicar a possibilidade de se verificar, em abstrato, a excessiva onerosidade do meio típico, não somente em relação ao executado, mas também em relação ao sistema de justiça, em um verdadeiro juízo prévio de adequação da medida (GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 412.). Por fim, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Paula Sarno Braga, também defendendo a subsidiariedade dos meios executivos atípicos, em razão do disposto nos art. 921, III, e 924, V, destacam ainda a impossibilidade de aplicação da multa coercitiva na obrigação de pagar, sob pena de bis in idem punitivo, diante da previsão de multa constante no art. 523, § 1º, do CPC. (DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 352-354) (DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5, p. 107). Neste sentido, também, o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

¹⁷¹ O precedente comumente citado pelo Tribunal é o seguinte: “A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade (REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019) e (REsp 1788950/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019). Tal precedente foi reiterado em casos de ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista o inadimplemento de débitos locatícios (REsp 1894170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA

De outro lado, porém, parte da doutrina defende o emprego amplo das medidas atípicas para o cumprimento das obrigações de pagar, sem a necessidade de esgotamento ou de precedência obrigatória dos meios típicos. Assim, os meios atípicos concorreriam “em oportunidade e tempo com os típicos”, bastando para legitimar o seu uso a demonstração da efetividade, isto é, da capacidade de induzir cumprimento do comando, e da sua adequação às circunstâncias do caso concreto.¹⁷²

A partir deste entendimento, que nos parece o mais adequado quando considerado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o magistrado poderia realizar o juízo de adequação e de necessidade da medida executiva atípica ao caso concreto de forma abstrata e hipotética, isto é, utilizando-se de técnica diferenciada quando a sub-rogação típica se mostrasse, ainda que em tese, incapaz de alcançar o cumprimento da decisão de maneira eficaz e dentro de um esforço razoável, sem a necessidade de desperdiçar recursos e esforços com tentativas frustradas de busca patrimonial.

Essa interpretação do art. 139, IV, do CPC/2015 permitiria, inclusive, cogitar a total superação do modelo clássico da sentença condenatória para as obrigações de pagar, na medida em que o juiz não estaria mais adstrito à sentença que apenas declara a sanção executiva e abre espaço para o início dos atos de execução direta, mediante requerimento. Agora, observando os critérios de maior efetividade para o exequente e de menor onerosidade para o executado, aplicados sucessivamente, também estaria habilitado a proferir sentença de conteúdo mandamental, com o

TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020); em caso de decisão que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e a apreensão do passaporte da paciente no curso do processo de execução por título extrajudicial decorrente de contrato de locação comercial celebrado entre pessoas físicas (HC 597.069/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020); dentre outros (REsp 1864190/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 19/06/2020); (HC 558.313/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020).

¹⁷² DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 148 – 149; ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-, 2018, p. 53; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 783 e 847. Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, defende não necessariamente uma prioridade entre os meios, mas a possibilidade de “o magistrado cumular com os meios típicos aqueles outros coercitivos e indutivos que lhes parecem adequados para melhor obtenção da tutela, inclusive pecuniária, como expressamente menciona o dispositivo” (ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5 edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98).

emprego de medidas de indução adequadas ao caso concreto¹⁷³, independente do pedido do credor¹⁷⁴, e cuja implementação teria lugar sem a necessidade de novo requerimento do exequente.¹⁷⁵

A despeito da questão da subsidiariedade da aplicação das medidas atípicas, toda a doutrina parece concordar quanto à necessidade de observância de alguns requisitos no exercício desse poder discricionário do magistrado. De um modo geral, a escolha deve ser: a) razoável, quer dizer, deve ser, em tese, adequada e eficaz para propiciar o resultado buscado, ou seja, a tutela efetiva do direito material;¹⁷⁶ b) proporcional e necessária, pelo que, em havendo mais de um meio identicamente adequado, a escolha deve ser feita de modo a acarretar o menor sacrifício possível

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 783. 794-795 e 847. Sobre a maior efetividade para o exequente e menor onerosidade para o executado, necessário esclarecer a forma mais adequada de interpretação desses princípios na fase de execução, conforme a lição dos autores: “se coexistirem várias técnicas de efetivação judicial das prestações que tenham o mesmo grau de eficácia, então não se justifica o emprego da técnica mais onerosa ao executado, sob pena de transformar-se a execução em simples mecanismo de desforra do credor que não teve a sua obrigação pronta e voluntariamente cumprida pelo devedor. (...) é possível concluir que o princípio do resultado é aquele que mais essencialmente representa a forma como deve desenvolver-se a execução. Ela deve sempre orientar-se pela solução que melhor espelhe o cumprimento voluntário e tempestivo da prestação exigida. Todavia, sempre que coexistirem mais de um mecanismo igualmente hábil para esse resultado efetivo, deve-se sempre optar pelo caminho menos gravoso ao executado.”

¹⁷⁴ Nesse sentido: “O juiz não está adstrito à medida executiva atípica proposta pelo interessado para efetivação do comando decisório. Ele pode impor providência executiva não requerida pela parte ou distinta da que foi requerida – mais grave, mais branda ou mesmo de natureza diversa (v. arts. 536 e 537, caput, e § 1º, ambos do CPC (LGL2015\1656)44). Trata-se de mitigação da regra da congruência objetiva.” (DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 347.)

¹⁷⁵ Sobre a desnecessidade de requerimento: “Quando, porém, a efetivação da prestação pecuniária se dê pelo emprego de alguma outra técnica – medida sub-rogatória ou de indução – então não se justifica a exigência de iniciativa da parte para o começo da fase de cumprimento. Ninguém imagina que, se a sentença impõe o pagamento de soma em dinheiro sob pena de sequestro de numerário, sob pena de multa coercitiva ou sob pena de restrição a direito, a efetividade dessa ordem fique condicionada a um prévio requerimento do exequente” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018, p. 53).

¹⁷⁶ “Na execução pecuniária, parece-me evidente a impossibilidade material ou jurídica que impede o emprego de coações indiretas, se o devedor não tem bens que posam responder pela dívida. É diferente, se existem indícios de ocultação de bens (...)” (GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p.143). No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 345-346; TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. in: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 350.

ao devedor, tal como determina o art. 805 do CPC;¹⁷⁷ c) fundamentada, para que se possa realizar o seu controle, recaindo sobre o magistrado um ônus argumentativo rigoroso, sobretudo quando decide em favor da aplicação da medida atípica;¹⁷⁸ d) atenta ao princípio do contraditório, “ainda que diferido para momento posterior – a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração”.¹⁷⁹

Acrescenta-se, ainda, um último requisito, apontado por Sérgio Cruz Arenhart, que nos parece de grande utilidade nesse contexto. Como se verá mais adiante, o autor salienta em seus estudos a dimensão panprocessual do critério da proporcionalidade, destacando a necessidade de gestão adequada e eficiente da totalidade de processos pelo Poder Judiciário, considerando as limitações estruturais relacionadas à escassez de recursos.

Nesse sentido, a análise das medidas executivas atípicas a partir da lente da proporcionalidade panprocessual impõe que a adequação do meio executivo seja aferida não apenas com relação ao processo singularmente considerado, mas considerando os demais casos que também demandam a atenção do órgão jurisdicional.¹⁸⁰ Assim, por exemplo, uma técnica executiva pode parecer eficiente quando considerado apenas o processo em que se cogita a sua aplicação, mas se mostrar extremamente onerosa caso, por exemplo, venha a ser replicada nos demais casos semelhantes submetidos ao mesmo órgão jurisdicional, o que deveria desencorajar a sua utilização.

Finalmente, há manifestações da doutrina no sentido de que é possível a

¹⁷⁷ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5 edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74. É evidente que, “se os outros meios disponíveis são menos eficazes, então o princípio da menor onerosidade não se aplica.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018, p. 62).

¹⁷⁸ DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 150;¹⁷⁹ DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 346-347.

¹⁷⁹ DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 346-347.

¹⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018, p. 57.

utilização ampla das medidas atípicas para impor o cumprimento de deveres processuais do executado, ainda que nos casos relativos à obrigação de pagar. Desse modo, o juiz poderia determinar, por exemplo, a apresentação de rol de bens penhoráveis, a indicação sobre a localidade onde se encontram os bens ou que terceiro inclua na folha salarial a ordem de pagamento. Em todos esses casos, a medida atípica poderia ser utilizada de forma direta, sem necessidade de observância do critério da subsidiariedade, pois não haveria, propriamente, execução de crédito pecuniário, mas verdadeira imposição de ordem judicial, relativa a uma prestação lateral, de fazer, não fazer ou dar coisa.¹⁸¹

1.1.5.3 A efetividade do processo em seu extremo: tendências de desjudicialização da execução

Como já mencionado, há muito tempo encontra-se pacificado na doutrina o entendimento de que a atividade executiva tem caráter jurisdicional. Atualmente, não há dúvidas de que a função jurisdicional não consiste apenas em declarar qual a regra jurídica estabelecida pelo direito para regular o caso concreto, mas também em realizar na prática o direito, ou, como se preferia, em atuar a regra sancionadora decorrente do inadimplemento do obrigado.¹⁸² Além disso, como afirmou Cândido Rangel Dinamarco, é certo que na atividade desenvolvida pelo Estado na execução encontram-se as características essenciais da jurisdição, tais como o escopo de pacificação e de atuação da vontade da lei, bem como o traço de substitutividade.¹⁸³

Por sua vez, apesar da diversidade de formas de composição de conflitos que caracteriza a noção atual de justiça, definida como um sistema multi-portas¹⁸⁴, a

¹⁸¹ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. in: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 354; DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 352-354.

¹⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 5.

¹⁸³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. Ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 98.

¹⁸⁴ O conceito de *multi-door courthouse* foi utilizado inicialmente por Frank Sander, professor da Escola de Direito da Universidade de Harvard, em 1976, na conhecida Pound Conference. O autor, em seu discurso, *Varieties of Dispute Processing*, compartilhou uma proposta para remodelar o sistema americano de resolução de disputas, tradicionalmente marcado pela solução adjudicatória única. As observações dessa doutrina, ao longo dos anos, impactaram na proliferação de programas de mediação nos Estados Unidos e, de um modo geral, na consolidação de meios alternativos de resolução de conflitos (*alternative dispute resolution*). O estudo também teve relevância em diversos

função jurisdicional tradicionalmente tem-se concentrado nas mãos do Estado, sendo vedado o exercício da autotutela.¹⁸⁵

Logo, se a execução é indubitavelmente parte da atividade jurisdicional e esta tem sido historicamente exercida quase que com exclusividade pelo Estado, é difícil, em um primeiro momento, desvincular a atividade de execução do monopólio estatal.¹⁸⁶ Assim, como regra, pode-se afirmar que a atividade executiva tem sido desempenhada unicamente pelo Estado, por meio de órgãos investidos de jurisdição.¹⁸⁷

Para além de estatal, prevalece no modelo brasileiro de execução o monopólio judicial. O Poder Judiciário, personificado na figura do magistrado, assume posição central na condução do procedimento de execução e determina, com exclusividade, a realização dos atos executivos, além de poder controlá-los e dirimir eventuais controvérsias ao longo da execução. É evidente que o juiz não atua de forma completamente desassistida. Os atos executivos, via de regra, são praticados pelos auxiliares de justiça, como leiloeiros e oficiais de justiça. No entanto, essa atuação é apenas “material” ou de “mera execução”, já que não se admite a delegação da autoridade judiciária.¹⁸⁸

O modelo adotado no Brasil simboliza uma escolha legislativa, mas não é a única configuração possível do sistema de execução. Partindo da lógica da busca de instrumentos mais adequados para a solução de cada tipo de conflito, o monopólio judicial-estatal, também na fase de execução, pode nem sempre se mostrar como a via mais efetiva e mais eficiente.¹⁸⁹ Aliás, como já se viu, há muito a doutrina constatou a crise do sistema de execução brasileiro, sendo muito frequente a defesa do

países do mundo, inclusive no Brasil, criando uma verdadeira tendência mundial de busca de métodos alternativos à heterocomposição judicial. (SANDER, Frank EA. *Varieties of Dispute processing*, 70F. In: **RD (The Pound Conference)**, 1976). Para uma análise sobre a ascensão dos métodos alternativos de resolução de conflitos no final do século XX, ver: CHASE, Oscar G. **Law, Culture and Ritual**. *Disputing Systems in Cross-Cultural. Context*. NY Univ. Press, 2005, p. 95-102.

¹⁸⁵ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

¹⁸⁶ BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 40; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo. Malheiros. 2000, p. 194.

¹⁸⁷ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

¹⁸⁸ BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 29-30, 65 e 79; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 70.

movimento de desjudicialização da atividade executiva.¹⁹⁰

A desjudicialização da execução, segundo Umberto Bara Bresolin, “tem por característica reduzir, em maior ou menor grau, mas nunca dispensar por completo, a participação do juiz no desempenho dos atos tendentes a proporcionar a satisfação do exequente”.¹⁹¹ Assim, ainda que mantida no âmbito jurisdicional, parcelas da atividade executiva, por opção legislativa, poderiam vir a ser delegadas para outros entes públicos ou mesmo para particulares, que passariam a exercer a função pública executiva.¹⁹² Nesses casos, aos juízes dever-se-ia reservar a chamada função de tutela, o poder de controlar os atos executivos, ainda que *a posteriori*, e de julgar eventuais controvérsias que viessem a surgir no curso da execução.¹⁹³

Duas justificativas costumam ser identificadas para o movimento de desjudicialização. A primeira, de proporcionar efetividade e rapidez à execução, bem como desafogar os tribunais, que estão sobrecarregados e não conseguem responder com presteza as demandas da sociedade atual.¹⁹⁴ A segunda, relacionada a uma tendência global de desjudicialização e de relativização do monopólio do Poder Judiciário na atividade de execução civil.¹⁹⁵ No *civil law*, destacam-se, por exemplo, a

¹⁹⁰ Nesse sentido, ver: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas sobre a efetividade da execução civil. In: ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti. **Execução Civil e temas afins**. São Paulo: RT, 2014. p. 508.

¹⁹¹ BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 69-70.

¹⁹² RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. São Paulo: 2012. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 43. Nesse sentido, explica a autora: “Acredita-se que o império também pode ser delegado, por opção legislativa, mas de modo a mantê-lo sob a esfera estatal. Os atos de constrição patrimonial não podem ser realizados por qualquer particular, mas sim por entes delegados pelo próprio Estado, que assim possam exercer função pública de forma privada. Vale lembrar que o ofício delegado é de competência do Estado, cuja titularidade é mantida; tão somente o exercício desse ofício é transferido a um particular.”

¹⁹³ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. São Paulo: 2012. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 37. Segundo a autora: “Entende-se que a proposta da desjudicialização da execução – ou do poder de império – também não afronta a Constituição Federal, uma vez que o devedor que entender que a execução realizada por um agente privado desenvolve-se de forma injusta ou ilegal poderá socorrer-se do Judiciário por meio da oposição de embargos, assegurando-se, assim, os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e até mesmo do acesso à Justiça, ainda que sob um novo prisma.”

¹⁹⁴ BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 99. Destacou-se, ainda, a inaptidão dos magistrados para a condução da função executiva: “O juiz sentenciador não tem vocação para executor. Afinal, a atividade prática a ser desenvolvida na execução pouco ou nada tem em comum com o julgamento de litígios com fundamento em conhecimentos jurídicos.” (GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 10).

¹⁹⁵ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. São Paulo: 2012. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 38.

experiência francesa¹⁹⁶, a espanhola e, mais recentemente, a portuguesa. Nesse último caso, a partir das reformas de 2003 e de 2008, bem como da introdução do novo Código de Processo (Lei n.º 41/2013), a atividade executiva passou a ser desempenhada pelo chamado “agente de execução”, profissional liberal ou funcionário judicial, designado pelo exequente dentre os registrados em lista oficial, a quem compete efetuar, por exemplo, “citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registros, liquidações e pagamentos”¹⁹⁷. Na reforma portuguesa, por sua vez, ficou reservado ao juiz, dentre outras atribuições, julgar a “oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos” e julgar “as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução”¹⁹⁸.

Também no direito norte-americano, ainda que o juiz conserve a direção da execução, os atos executivos costumam ser praticados por um auxiliar, normalmente um *sheriff* ou um oficial de polícia, “que não apenas efetua a penhora, mas também se encarrega de alienar os bens penhorados em leilão público”.¹⁹⁹ Já no caso de

¹⁹⁶ “A experiência francesa dos *sergents du roi* rompeu a tradição romano-germânica da execução per *officium judicis* e transferiu para um auxiliar da justiça as funções de escolha dos bens a serem penhorados, efetivação da penhora, avaliação e arrematação, bem como a execução das obrigações de fazer materialmente infungíveis, reservando ao juiz apenas o papel de rever ou anular os seus atos, por provocação de qualquer interessado.” (GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 10).

¹⁹⁷ GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de Processo Civil Executivo**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2020, s.p. Segundo o autor: “

“(...) no que concerne às suas competências funcionais em sede executiva, o agente de execução tem uma competência de natureza subsidiária ou supletiva, na medida em que lhe cabe efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam de competência do juiz.”

¹⁹⁸ GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de Processo Civil Executivo**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2020, s.p. Continua o autor: “No processo executivo, cabe ao juiz de execução a prática dos atos processuais sujeitos ao princípio da reserva de juiz ou que possam eventualmente colidir com direitos fundamentais das partes ou de terceiros. (...) Para além dessas funções de controlo e de julgamento, a lei processual civil reserva igualmente ao juiz de execução importantes funções sancionatórias (...) o juiz pode aplicar uma multa ao requerente, de valor a fixar entre 0,5 e 5 UC, quando considere que a pretensão é manifestamente injustificada.” Sobre o tema, no Brasil, consultar a obra de Humberto Theodoro Jr., para quem a presença do agente de execução, em Portugal, embora não retire a natureza jurisdicional ao processo executivo, implica a sua larga desjudicialização, entendida como menor intervenção do juiz nos atos processuais” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - vol. III. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46).

¹⁹⁹ GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 11. Carlos Alberto de Salles comenta que “de maneira geral, a *execution* resume-se a um procedimento no qual a corte expede um mandado, o mandado é entregue ao xerife ou a um oficial de polícia, determinando o levantamento do valor correspondente na propriedade do devedor e eventualmente venda da propriedade que levantou. Esse mandado é chamado na maioria dos Estados americanos de *writ of execution* (...)” (SALLES, Carlos Alberto de. *Injunctions e Contempt of Court em Defesa do Meio Ambiente*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-109, pp. 92).

execuções mais complexas, normalmente relativas à matéria ambiental, consumerista e, de modo geral, coletiva, autonomia ainda maior é confiada a agentes terceiros especializados, como os *receivers* e os *masters*. Os *receivers* atuam administrando uma propriedade ou um negócio, apurando valores e alienando bens enquanto pendente a execução.²⁰⁰ Por sua vez, os *masters* são designados para supervisionar execuções complexas, tanto para casos de *structural injunctions*, em que se deve monitorar o cumprimento de decisões envolvendo reformas institucionais, à semelhança do que ocorre no processo estrutural brasileiro, quanto para a determinação de danos individuais massificados após verificada a responsabilidade civil do autor do dano em acordo ou julgamento.²⁰¹

É importante destacar que esse fenômeno de desjudicialização dos sistemas de justiça não se confunde com a execução extrajudicial. A característica que diferencia este modelo extrajudicial do fenômeno de desjudicialização é justamente o “afastamento potencialmente total do juiz”, visto que, na execução extrajudicial, “todo o *iter* procedimental (...) pode se desenrolar fora dos Tribunais, sem que o juiz tenha de praticar ato algum”.²⁰² Existem no Brasil alguns casos pontuais em que a execução é realizada sem a necessidade do Judiciário, através de um procedimento extrajudicial estabelecido pelo legislador que permite ao credor “proceder à alienação de bens integrantes do patrimônio do devedor de modo a obter-se o pagamento do débito”²⁰³. São exemplos o art. 63 da Lei de Condomínios e Incorporações (Lei n. 4.591/64), o Decreto-lei nº 70/66, que estruturou o Sistema Financeiro de Habitação, e a Lei nº

²⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de. Injunctions e Contempt of Court em Defesa do Meio Ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-109, pp. 104).

²⁰¹ FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 15, 2005. Segundo os autores: “Special master appointments requiring the monitoring of court orders or consent decrees are often seen in “institutional reform litigation” involving prisons, school districts, nursing homes, public housing, and mental hospitals.” Acerca dos masters que atuam na distribuição de danos individuais: “Finally, courts have consistently used special masters in the role of evaluating claims after a finding of liability in court. Often these cases involve complex damages determinations in situations where there are thousands of claimants and a limited pool of resources. Methodologies such as aggregation of claims and sophisticated inferential statistics may be required in order to complete such an allocation. High-profile examples of claim evaluation and administration appointments include the committee chaired by Paul Volcker administering the settlement of claims made by holocaust survivors against two Swiss banks, the Agent Orange product liability compensation procedures, and the administration of the Dalkon Shield intrauterine device”.

²⁰² BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 84.

²⁰³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

9.514/97, art. 22 a 33, relativa à alienação fiduciária de bens imóveis. Apesar do tema ainda ser controverso na doutrina²⁰⁴, a compatibilidade dessas previsões com a Constituição, em especial com a cláusula do devido processo legal, já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, diante da possibilidade de controle dos atos *a posteriori* e de que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida pelos meios processuais adequados.²⁰⁵

De qualquer modo, concentra-se a presente análise no tema da desjudicialização, que, na realidade, consiste na delegação de parte do exercício da atividade jurisdicional para órgãos ou pessoas não integrantes do Poder Judiciário. Como se tem visto, o processo de execução é um campo fértil para esse tipo de delegação. O próprio Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas hipóteses de delegação de competências a terceiros na fase executiva. Como exemplos, podem ser citados: o art. 861 §3º, que prevê a possibilidade de nomeação de administrador para a liquidação de cotas ou ações de sociedade penhoradas²⁰⁶; o art. 862, que prevê designação de administrador-depositário em caso de penhora de empresa; e, talvez

²⁰⁴ Afirmando que o devido processo legal é incompatível com qualquer espécie de execução extrajudicial, Eduardo Yoshikawa argumenta que: “Afirmar que o controle da legalidade dos atos praticados na execução extrajudicial ou, o que é mais relevante, da legalidade da própria execução, pode ou deve ser realizado *a posteriori* equivale a dizer que se tolera que o indivíduo tenha direito ao devido processo legal somente depois de ter sido privado de seu bem. (...) É evidente que as possíveis objeções legítimas que o devedor teria contra o credor hipotecário e das quais foi privado pela violência da *execução privada* poderão indiscutivelmente ser levadas ao Poder Judiciário, em ação a ser proposta pelo devedor hipotecário expropriado privadamente, porque, segundo o preceito constitucional inscrito no art. 5.º, XXXV, da CF, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão a direito individual. Todavia, neste caso, ter-se-ia realizado, em sua plenitude, o velho princípio do *solvet et repetet!* Primeiro, será o devedor compelido a pagar, para depois, em demanda a ser por ele proposta, reaver o que indevidamente pagara.” O autor, contudo, ressalva a possibilidade de desjudicialização, afirmando que isso “não significa que todos os atos a serem praticados na execução devam ser determinados única ou exclusivamente pelo juiz ou que todas as questões surgidas na execução devam, necessariamente, desde logo por ele ser resolvidas” e que existem “inúmeros atos a serem praticados e decisões a serem tomadas que podem perfeitamente ser delegados a outros agentes estatais ou inclusive a particulares (sujeitos, em ambos os casos, ao controle *a posteriori* do juiz) a fim de tornar mais ágil e/ou eficiente a tutela jurisdicional in executivos, sem ofensa à reserva de jurisdição ou ao devido processo legal.” (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104, 119-120 e 147).

²⁰⁵ Recurso Extraordinário nº 223.075-DF: EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto *a posteriori*, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 223.075-DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 23 jun. 1998. v.u.

²⁰⁶ Sobre o tema, ver: ANDREATINI, Livia Losso. A penhorabilidade das quotas sociais de sociedades limitadas: uma análise do artigo 861 do CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 43, n. 281, p. 241-255, jul. 2018.

o caso mais evidente, o art. 866, § 2º, que prevê a nomeação de administrador-depositário no caso de penhora de faturamento da empresa, o qual poderá realizar a expropriação das quantias para fins de pagamento da dívida, desde que aprovado um plano de atuação pelo juiz e prestadas as contas mensalmente. De modo semelhante, a previsão contida nos art. 102 e seguintes da Lei 12.529/2011, que prevê a possibilidade de o juiz nomear interventor para realizar a execução específica na empresa que viole o sistema de concorrência, com a necessidade de apresentação de relatório mensal de atividades e de relatório circunstanciado de gestão.

Destaca-se também o recente Projeto de Lei nº 6.204/2019, de autoria da senadora Soraya Thronicke, que busca disciplinar a desjudicialização da execução civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais, delegando aos tabeliães de protesto o exercício de funções semelhantes às do agente de execução português²⁰⁷. O projeto visa promover uma desjudicialização amplíssima, atribuindo aos tabeliães o exame do requerimento do credor e os requisitos do título executivo (art. 4º, inciso I), bem como efetuar a penhora e a avaliação dos bens (art. 4º, inciso IV), no entanto, resguarda ao Poder Judiciário uma espécie de “jurisdição de reserva”, ao prever, no art. 18, que o “executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos a serem apresentados ao juízo competente”.

Mas além da possibilidade de delegação de atos executivos a partir de previsão legal (ou Constitucional), entendemos que essa transferência também pode decorrer simplesmente de decisões judiciais ou de atos normativos judiciários.²⁰⁸ Nesse sentir, menciona-se a inovadora tese de Antonio do Passo Cabral que, a partir da resignificação do princípio do juiz natural e da sua compatibilização com a eficiência do processo – em sua dimensão qualitativa, e não meramente quantitativa –, defende a ampla possibilidade de “gestão de competências” pelo Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o autor sustenta a possibilidade de delegação do exercício da

²⁰⁷ Já destacava a possibilidade de delegação para o notariado, Flávia Pereira Ribeiro: “Consideradas as características do notariado brasileiro, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que acolheu o sistema notarial latino, acredita-se que os agentes delegados apresentariam bastante eficiência na gestão privada da função pública da execução. Imbuídos em receber seus emolumentos, que serão maiores caso haja êxito no recobro da dívida, certamente os agentes delegados irão investir em modernos sistemas de computação, de pesquisa de dados, de treinamento de pessoal, entre outros.” (RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. São Paulo: 2012. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 155).

²⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 473-476.

atividade executiva para órgãos públicos e para alguns particulares, inclusive no que diz respeito às competências decisórias, desde que, neste último caso, se mantenha a supervisão jurisdicional sobre os atos delegados.²⁰⁹

Nessa situação, segundo o autor, não haveria afronta ao art. 93, inc. XIV, da Constituição Federal²¹⁰, na medida em que o juízo delegante não abriria mão de seu poder jurisdicional. O rearranjo da competência apenas modificaria a natureza da atividade judicial, agora de supervisão e de fiscalização, e transformaria o caráter da cognição do juiz sobre o caso, que passaria a ser secundária. Tal supervisão poderia ocorrer *ex ante*, a partir do estabelecimento de linhas gerais de atuação, princípios e diretrizes já no momento da delegação, ou *ex post*, a partir de provocação das partes envolvidas, no âmbito do próprio processo.²¹¹

Como mencionado, o movimento de desjudicialização da execução ainda se encontra em desenvolvimento no processo civil brasileiro, em um estágio muito incipiente na realidade, especialmente se considerados os avanços na matéria verificados em outros países. Nada obstante, não há dúvidas que esse movimento de desjudicialização, assim como a previsão de mecanismos extrajudiciais de execução, representa a busca do legislador brasileiro pela concretização efetiva da tutela executiva, considerando também as particularidades de diversas situações específicas de direito material, tais como o direito concorrencial e o próprio direito empresarial. Além do avanço legislativo, entendemos pela possibilidade de delegação de competências pelos próprios órgãos judiciários, para outros órgãos públicos ou mesmo para particulares, desde que essa se mostre medida adequada e efetiva no caso concreto, observadas, evidentemente, as garantias do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.

1.2 EFICIÊNCIA DO PROCESSO: DA CONSTITUIÇÃO À GESTÃO EFICIENTE DE CASOS

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 451 e 459.

²¹⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

²¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 486-488.

Resta, ainda, tratar de uma das exigências do chamado “programa básico” de efetividade processual apresentado por Barbosa Moreira, não explorada nos itens precedentes. Trata-se da capacidade de atingir resultados efetivos “com o mínimo dispêndio de tempo e energias”²¹², vale dizer, de forma eficiente.

Segundo o processualista carioca, a efetividade não pode ser vista como um valor absoluto, cuja concretização deve ser perseguida a qualquer custo.²¹³ Com efeito, não seria razoável estender excessivamente a duração do processo e desperdiçar recursos judiciais pelo esforço obsessivo de esgotar todas as possibilidades de averiguação dos fatos, pondo em risco, inclusive, a prestação tempestiva da tutela do direito material. Ademais, seria fantasioso pensar que um processo pode se utilizar de tantos recursos quanto forem necessários para atingir uma resposta jurisdicional perfeita, sem considerar a existência de outros processos, o uso de recursos públicos limitados e os possíveis efeitos dessa postura para a sociedade.

Assim como se fez com o conceito de efetividade pensado especificamente para o processo, também a compreensão do que caracteriza o princípio da eficiência no âmbito do processo civil demanda uma reconstrução histórico-dogmática, o que nos permitirá, posteriormente, a sua utilização operacional, na análise da idoneidade dos instrumentos processuais à disposição da tutela de direitos individuais homogêneos.

1.2.1 O princípio constitucional da eficiência aplicado ao processo civil: a noção de eficiência qualitativa e suas manifestações no processo civil brasileiro

O princípio da eficiência, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição da República pela EC nº 19 de 1998, resultante da Reforma Administrativa de 1995²¹⁴, norteia toda a atuação da Administração Pública²¹⁵. De um lado, o princípio incide sobre o modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho

²¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 28-29.

²¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e *técnica* processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, 1995, p. 197-208, pp. 200.

²¹⁴ Sobre o movimento de reforma gerencial do Estado, iniciada no Brasil no ano de 1995, que deu base para a apresentação da proposta de emenda constitucional da Reforma Administrativa, ver: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de administração pública**, v. 34, n. 4, 2000. p. 18.

²¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 127.

possível de suas atribuições, e, de outro, impõe à Administração Pública o dever de melhor utilizar os recursos disponíveis, em sua estrutura e atuação, com a obtenção dos resultados adequados às necessidades existentes.²¹⁶

O princípio busca, na realidade, a materialização de uma administração pautada em resultados²¹⁷, o que, evidentemente, não significa a obtenção de lucro.²¹⁸ A norma também não impõe, necessariamente, a redução dos recursos econômicos disponíveis para a busca de determinado resultado, mas o alcance de um melhor resultado com os recursos econômicos disponíveis. A lógica, portanto, seria não necessariamente a de “fazer mais/melhor, com menos”, mas a do “fazer mais/melhor, com o que se dispõe”.²¹⁹

Como se vê, a eficiência é usualmente relacionada ao Direito Administrativo, impondo à Administração Pública uma atuação de forma racionalizada e eficiente. Todavia, ao inserir a eficiência no art. 37 da Constituição, o constituinte derivado o fez direcionando-a às funções administrativas de todos os três Poderes: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, (...) e eficiência*”. Com efeito, os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário exercem funções administrativas de forma atípica, além de serem equipados com uma ampla estrutura administrativa. Seria ilógico admitir, por exemplo, que as assessorias e secretarias

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. Nesse sentido, Ricardo Fioreze: “O princípio impõe ao gestor público utilizar da melhor forma todos os recursos disponíveis – humanos, materiais, técnicos e financeiros – e, paralelamente, visar ao melhor resultado possível, a partir dos objetivos definidos pela organização.” (FIOREZE, Ricardo. Gestão processual: mecanismos de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out/dez 2011. p. 262).

²¹⁷ CALHÃO, Antonio Ernani Pedroso. **O princípio da eficiência na administração da justiça**. São Paulo: RC Editora, 2007, p. 92.

²¹⁸ Nesse sentido, é pertinente a advertência feita por Marçal Justen Filho: “Quando se afirma que a atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza. Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário- o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico. (...) a ordem jurídica veda o desperdício econômico porque a otimização do uso dos recursos permite realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais. Mas, quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica. A eficácia administrativa significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo da obtenção do maior lucro.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 222-223.

²¹⁹ KOSSMANN. **A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 83.

desses poderes não estivessem vinculadas à observância do princípio constitucional da eficiência.

Logo, no âmbito do Poder Judiciário, a eficiência constitucional impõe a preocupação com a chamada “Administração Judiciária” e exige que a gestão dos órgãos que compõem este poder seja eficiente. Essa gestão, porém, não diz respeito especificamente à condução do caso ou do processo – isto é, diretamente ao exercício da atividade jurisdicional –, mas à função administrativa e orgânica do Poder Judiciário.²²⁰ Trata-se, na realidade, da valorização dos recursos da organização judiciária, na mesma perspectiva de obtenção de maiores resultados, com a máxima economia de recursos.

No direito norte-americano, a ideia de “Administração Judiciária” se aproxima do conceito de *court management* – que não se confunde com a prática do *case management*, como se verá adiante – e que pode ser definido, em poucas palavras, como a atuação da Corte pautada na “renovação dos recursos humanos e materiais; no aprimoramento das estruturas de serviço e métodos de trabalho; na implementação de novos procedimentos judiciais e na introdução de instrumentos de gestão e avaliação”.²²¹

No Brasil, identificam-se duas dimensões desta prática de gestão administrativa da estrutura judiciária: do órgão e da unidade jurisdicional.²²² Na perspectiva do tribunal como um todo, diz respeito especialmente à autonomia administrativa e financeira e à gestão de pessoal. A promoção de juízes de carreira e seus respectivos cursos de aperfeiçoamento, previstos no texto constitucional no artigo 93, inciso II, alínea “c” e inciso IV, respectivamente, podem ser apontados como exemplos de boa gestão judiciária nesta dimensão.²²³ Ora, a produtividade como um incentivo e a busca pelo aprimoramento

²²⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 26; JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p.120 - 121; GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 63. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 66. DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 2015. p. 99.

²²¹ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003. No original: “From this point of view, the management of court organisations is subjected to a redefinition which comprises a multiplicity of changes: the renewal of human and material resources; the enhancement of service structures and working methods; the implementation of new judicial procedures and the introduction of management and evaluation tools.”

²²² CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 25.

²²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 374-375. A própria criação do Conselho Nacional de Justiça, que desenvolve

de pessoal são medidas capazes de promover melhores resultados para o órgão, com pouco ou nenhum dispêndio monetário. Já na perspectiva da unidade jurisdicional, o foco se volta para o papel gerencial do juiz, que é encarado como um gestor da unidade, a quem cabe a tomada de medidas importantes de liderança e de organização para o bom exercício da função jurisdicional.

É preciso observar, contudo, que não somente as funções administrativas estatais devem ser exercidas de modo eficiente, “mas toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado”²²⁴. Se as funções legislativa e jurisdicional são reservadas ao Estado, nos parece que estas também devem ser desempenhadas em observância ao princípio constitucional da eficiência. Percebendo isto, em sede doutrinária já se advertiu que “não seria correto falar em ‘eficiência administrativa’, mas sim em ‘eficiência do Estado’, pois não se pode acreditar que somente nas funções administrativas o Estado precisaria ser eficiente”.²²⁵

Nesta perspectiva, pode-se dizer que o princípio constitucional da eficiência, previsto no caput do art. 37, CF, está direcionado também à atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário. A corroborar tal afirmação, nota-se que antes mesmo da Reforma Administrativa da EC 19 de 1998, o texto constitucional, em seu art. 126, parágrafo único, ao tratar de conflitos fundiários, já estabelecia que: “*sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio*”.

A doutrina, de um modo geral, costuma justificar a imposição do princípio da eficiência ao exercício da atividade jurisdicional a partir da proposição de que esta representa a prestação de um serviço público, o serviço “justiça”²²⁶. E esse serviço,

indicadores sobre o Judiciário brasileiro, com dados relacionados aos recursos humanos e à produtividade, corrobora com esta dimensão judiciária-administrativa do princípio da eficiência (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 2015. p. 99).

²²⁴ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

²²⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 18.

²²⁶ Sobre o tema, Bruno Garcia Redondo comenta que: “(...) mesmo para o exercício da função típica jurisdicional, é evidente que a eficiência deve ser igualmente observada, sendo possível, inclusive, considerar o “serviço jurisdicional” como uma espécie de “serviço público””. (REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2013. p. 99-100); Também sobre o assunto, Eduardo Luiz Cavalcanti Campos: “Com efeito, uma das principais características do processo que se desenvolve perante órgão do Judiciário é que se trata de um serviço prestado ao cidadão. Ora, se qualquer sujeito tem direito de acesso ao Poder Judiciário e a um devido processo legal, e se as atividades proporcionadas pelo Estado devem ser prestadas de forma eficiente, porque se trata de exigência da democracia participativa, então a atividade jurisdicional também deve ser prestada com eficiência.” (CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti.

logicamente, também deve ser prestado de forma eficiente, nos termos do art. 37, CF. Nessa medida, o próprio dispositivo constitucional constituiria base suficiente para a aplicação da eficiência ao processo, enquanto principal instrumento da atuação jurisdicional.²²⁷ Por outro lado, também é possível cogitar seu arrimo na cláusula constitucional do devido processo legal.²²⁸ Como apontado pela doutrina, porém, isso não significa que a ratificação do princípio no âmbito infraconstitucional, no Código de Processo Civil de 2015, tenha sido irrelevante. Longe disso, foi “medicinal para o sistema”, sobretudo considerando a tradição de *civil law* do direito brasileiro²²⁹.

De acordo com o art. 8º do diploma processual, ao aplicar o ordenamento jurídico, “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Considerando o dispositivo, impõe-se a investigação sobre o que se busca atingir com a concretização do preceito da eficiência, ou seja, definir no que consiste, de fato, o processo eficiente, além de verificar a sua forma de incidência na prática.

Começemos pela primeira questão. Em debate sobre qual tipo de procedimento poderia se revelar mais eficiente, o escrito ou o oral, Michele Taruffo nota que a resposta depende, necessariamente, da definição sobre os fins da jurisdição, isto é, o que o Estado pretende obter com o exercício da atividade jurisdicional, através do processo.²³⁰ Se o fim pretendido pela jurisdição for

O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28) Também Marco Félix Jobim: “(...)”, sendo o processo um instrumento de que se vale o Estado para prestar jurisdição, há, consequentemente, a ideia de que ele deva ser eficiente (...)”(JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 119-120); João Gilberto Gonçalves Filho, no mesmo sentido: “Embora o princípio da eficiência não seja exclusivo do processo, nele intervém de modo determinante, uma vez que se trata do método de trabalho adotado pelo Estado para prestar um serviço público extremamente relevante à sociedade, que é a distribuição de justiça; (GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 35.)

²²⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 106. A autora entende pela aplicação direta do princípio constitucional ao processo, nos seguintes termos: “A eficiência capaz de incrementar o formato de gestão da Administração Pública para torná-lo mais eficaz atinge, necessariamente, o modelo de gerenciamento existente no Poder Judiciário, não só no viés da Administração Judiciária incluindo o melhor desempenho de seus integrantes -, mas também em relação à gestão de um determinado processo pelo juiz, em cooperação com os demais sujeitos processuais.”

²²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 78. Expressamente afirma Carneiro da Cunha: “A *eficiência* constitui, na verdade, mais uma qualidade do *devido processo legal*. O processo devido deve, além de adequado, ser eficiente.”

²²⁹ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 120.

²³⁰ TARUFFO, Michele. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation**. Oralidad y

unicamente a resolução de disputas, a eficiência assumiria sua forma quantitativa²³¹, o que significa dizer que será eficiente o modelo que, numericamente, resolver mais litígios, pouco importando a qualidade de seus resultados, como aponta o professor italiano.²³²

É evidente que a eficiência vista por esta perspectiva não é suficiente, porquanto permite que o fator efetividade das decisões seja totalmente desconsiderado. Como aponta Carneiro da Cunha, esta abordagem da eficiência, chamada quantitativa, confunde-se com o princípio da celeridade e com o princípio da economia processual, que, definitivamente, não são as finalidades principais da jurisdição.²³³ A justiça que tem como seus objetivos fundamentais a economia de tempo e a economia de recursos financeiros do órgão que a administra, na realidade, é algo que, nas palavras Loïc Cadiet, “de justiça tem apenas o nome”²³⁴. E completa o autor: “a título de economizar com justiça, é a própria justiça que se reduz”.²³⁵

O segundo conceito de eficiência apresentado por Taruffo se mostra mais sofisticado, e igualmente dotado de maior complexidade e necessidade de elaboração. Trata-se da chamada eficiência qualitativa, para a qual tempo e custo também são fatores considerados, mas a preocupação recai igualmente sobre a qualidade das decisões. Esta abordagem do princípio da eficiência é compatível com uma jurisdição voltada à resolução rápida e módica de litígios, mas ao mesmo tempo

escritura en un proceso civil eficiente. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 e ss.

²³¹ Termo utilizado por Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha. NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização-paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. **Direito jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2012. p. 256-257; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 76.

²³² TARUFFO, Michele. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation**. Orality y escritura en un proceso civil eficiente. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 e ss.

²³³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 76. Nesse sentido, ver Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, crítico da celeridade como meta central do processo e da atividade jurisdicional: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, n. 16, 1999. p. 246-247.

²³⁴ CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. Trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava, Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 22-24

²³⁵ CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. Trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava, Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 22-24. No mesmo sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 45.

orientada à obtenção de decisões justas, corretas e precisas.²³⁶

Esta segunda abordagem mais se aproxima do conceito de eficiência a ser adotado para as presentes reflexões. Isso porque o princípio da eficiência processual deve dialogar, na realidade, com dois deveres: o de alcançar determinado fim proposto, o que em muito se aproxima à noção de efetividade, aqui na perspectiva do processo como um meio para alcançar a tutela do direito material, e o de fazê-lo a partir do uso racional dos recursos disponíveis – isto é, de forma eficiente.²³⁷ Este conceito é compartilhado na doutrina nacional por nomes como Fredie Didier Júnior e Bruno Garcia Redondo²³⁸, com fundamento nas reflexões de Dennis Galligan sobre o tema.²³⁹

No que é relevante, extrai-se que a concretização da eficiência no processo, em termos qualitativos, pressupõe, necessariamente, a efetividade da atividade desenvolvida, particularmente no que diz respeito à efetivação das decisões judiciais. Assim, é possível que um processo seja efetivo sem ser eficiente, atingindo o resultado pretendido, mas de forma “insatisfatória, demorada ou inadequada”²⁴⁰. O contrário, contudo, não é verdadeiro, pois “a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo”²⁴¹. O processo eficiente, portanto, é aquele que atinge a tutela do direito material da forma mais eficiente, mais adequada e mais racionalizada.

No que diz respeito à forma de atuação do princípio, percebe-se que essa

²³⁶ TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 e ss.

²³⁷ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003, p. 8.

²³⁸ REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2013. p. 103; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 2015. p. 103. Este segundo autor afirma que: “Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atinge esse resultado de modo satisfatório.”

²³⁹ GALLIGAN, Dennis. **Discretionary powers**. A legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1986. p. 129 e ss.

²⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 77; No mesmo sentido, Eduardo Luiz Cavalcanti Campos ensina que: “(...) é possível que a decisão judicial seja efetiva, mas o processo não seja eficiente. Isso ocorre quando o comando normativo é estritamente cumprido, mas a condução do procedimento se deu sem eficiência, isto é, sem a observância das finalidades do processo, sem gestão ou adequação, em tempo excessivo diante de dilações indevidas ou com custos desnecessários e exorbitantes.” (CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 64)

²⁴¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 2015. p. 103.

discussão, na doutrina, costuma iniciar no problema da natureza jurídica da eficiência processual, que para alguns assume a forma de postulado normativo²⁴² e, para outros, a forma de princípio.²⁴³ Mas alocar a eficiência em uma categoria ou outra ou mesmo lhe atribuir um *nomen iuris* tem, na realidade, pouca utilidade para a concretização desta norma processual. Talvez a conclusão de maior relevância sobre o tema seja a percepção de que, independente de sua taxonomia, o dispositivo se encontra alocado no capítulo das Normas Fundamentais do Processo Civil²⁴⁴ e introduz uma verdadeira cláusula geral de eficiência para o processo, atribuindo a identificação de seus efeitos ao magistrado que a aplica, o que torna extremamente ampla a incidência da norma.²⁴⁵

Isto considerado, é possível desde já identificar algumas possíveis manifestações da norma da eficiência no processo civil brasileiro.

²⁴² Assim, por exemplo, Marco Félix Jobim, ao identificar o art. 8º como uma norma fundamental e de aplicação do processo, argumenta que a eficiência se trata de um vetor hermenêutico, uma norma de segundo grau, metanorma ou, ainda, um metacritério de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico brasileiro (JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 111. 116 – 118). No mesmo sentido, Arenhart, Marinoni e Mitidiero, para quem a eficiência é “norma que atua sobre a interpretação de outras normas.” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105). Para a melhor compreensão sobre a atuação dos postulados normativos, ver: ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, 2005. p. 24.

²⁴³ Para estes autores, a carga normativa deste princípio atuaria a fim de otimizar o valor que ele encerra, de modo a promover a mudança em uma determinada situação, em busca de um estado ideal de coisas, no caso, o processo eficiente. Nesse sentido, ensina João Gilberto Gonçalves Filho: “O princípio da eficiência, ao dar força normativa a um valor, faz com que a aplicação do Direito em qualquer ato jurídico voluntário, estatal (do juiz) ou não (das partes), seja obrigatoriamente conectada à promoção desse valor. É esse dever de promoção do valor eficiência que precisa ser cultivado, reforçado e insistentemente observado na cultura de aplicação prática do processo civil.” (GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 32-35). No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I. 2015. p. 100; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 75; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 59. Estes três últimos autores, apesar de nomearem a eficiência como princípio, admitem sua atuação como metanorma, de interpretação. Entendendo a possibilidade de a eficiência assumir a feição de postulado interpretativo, quando impõe ao juiz o dever de arquitetar criativamente regras procedimentais individuais e concretas que, uma vez efetivadas, produzem o estado fático desejado pelos princípios que as inspiram; ou ainda de princípio, quando impõe ao órgão jurisdicional o dever de gestão eficiente: (REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2013. p. 103).

²⁴⁴ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 111. Comenta o autor: “Note-se que, em termos de normatividade, o artigo referido é, talvez, o que denota maior esforço hermenêutico em todo o Código de Processo Civil brasileiro, pois, além de estar nas Normas Fundamentais do Processo, sendo, então, base interpretativa para a própria leitura e compreensão do texto processual, está na Parte Geral, que é base para a Parte Especial, (...)”

²⁴⁵ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 89;

Em primeiro lugar, cita-se a função interpretativa²⁴⁶, que impõe a aplicação dos enunciados normativos de forma adequada e com o menor número de externalidades negativas possível (*i.e.* tempo e custo). Assim, por exemplo, a interpretação do art. 1.021 do CPC no sentido de não cabimento de agravo interno em face de toda e qualquer decisão proferida no recurso, mas tão somente àquelas que versarem sobre o mérito²⁴⁷, ou a interpretação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada de modo a maximizar os resultados na resolução de um litígio complexo, com pluralidade de partes.²⁴⁸

Em segundo lugar, a função bloqueadora, que permite sejam afastadas, no caso concreto, as regras incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser atingido pela eficiência.²⁴⁹ Assim, por exemplo, com particular relevância para as presentes reflexões, pode-se sustentar a não aplicação da regra de execução individual das sentenças coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, prevista no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, em favor de outros métodos executivos, por potencialmente não se adequar, no caso concreto, à noção de eficiência processual.

A terceira manifestação possível é a integrativa. Quando faltante no ordenamento jurídico uma técnica necessária ao alcance dos fins do valor ou princípio proposto, a função integrativa permite seja criado, no caso concreto, o mecanismo adequado.²⁵⁰

Essas últimas duas funções se relacionam, por certo, ao já estudado princípio

²⁴⁶ Como já adiantado na nota de nº 243, essa função é reconhecida não somente por aqueles que entendem tratar-se a eficiência de um vetor hermenêutico, mas é compartilhada pela doutrina de um modo geral, o que inclui aqueles que vislumbram na eficiência um princípio do processo.

²⁴⁷ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 143.

²⁴⁸ Nesse sentido, já nos manifestamos em maior profundidade em outras oportunidades: FACHINELLO, João Antonio Tschá. Limites subjetivos da coisa julgada no novo CPC: a exegese do art. 506 a partir do non-mutual collateral estoppel. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.290, p. 155-188, abr. 2019; FACHINELLO, João Antonio Tschá. **Os limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015: análise comparativa a partir da doutrina do collateral estoppel**. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018.

²⁴⁹ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 61.

²⁵⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 59. REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2013. p. 106. Alexandre Bahia e Dierle Nunes apontam como manifestação da função integrativa a delegação de atividade a um administrador judicial, “com funções bem definidas, analogicamente ao administrador da recuperação, viabilizando a delegação de tarefas que tomariam muito tempo do juiz e que poderiam comprometer a atividade do magistrado no que se refere ao bom andamento dos demais processos constantes do acervo da unidade judicial”, (BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, n. 169, p. 116-139, mar./2009, p. 131).

da adaptabilidade do procedimento e ao direito fundamental à tutela efetiva do direito material, que orientam não apenas a escolha da técnica mais efetiva, mas também da mais eficiente. Evidentemente, se o juiz pretender afastar a aplicação de técnica prevista em lei e criar o instrumento adequado, terá de se desincumbir de seu ônus argumentativo, fundamentando a eficiência da medida no caso concreto.²⁵¹

Finalmente, o princípio da eficiência processual também é fundamento para que se estabeleça um dever de gestão do processo. A imposição de um dever de gerenciamento processual representa uma mudança paradigmática no papel do juiz, que deixa de ser apenas um personagem diretor e passa a ser, também, verdadeiro gestor, devendo conduzir o feito da forma mais racional e eficiente possível.²⁵² Podem ser apontados, como mecanismos básicos de gestão, dentre outros, o envolvimento imediato e inicial do juiz com as questões da lide, a promoção de métodos alternativos de resolução do conflito, o planejamento do andamento e dos custos do processo, bem como a possibilidade de flexibilização do procedimento.²⁵³ Em síntese, o princípio da eficiência processual determina que o juiz, atuando como gestor do feito, se utilize desses e outros instrumentos com a finalidade de atingir a eficiência no processo.

Cumprido destacar, por fim, que a aplicação da eficiência processual, em qualquer das formas possíveis, deve se dar de forma harmônica com os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico, em especial o da efetividade.²⁵⁴ O juiz não pode, portanto, aplicar o princípio da eficiência desconsiderando os demais princípios que regem o processo, sobretudo quando essa aplicação comprometa a efetividade das decisões, o contraditório e, de modo geral, as diversas regras que concretizam o princípio constitucional do devido processo legal.

1.2.2 O conceito de proporcionalidade panprocessual como categoria operativa da jurisdição enquanto serviço público (eficiente)

Se anteriormente concluímos que a eficiência do processo pressupõe a sua

²⁵¹ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 59-60.

²⁵² CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

²⁵³ CAHALI, Claudia Elizabete Schwerz. **O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 28; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. 2010. p. 35.

²⁵⁴ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 33.

efetividade, por outro lado, pode-se afirmar que o sistema de justiça, para ser efetivo, precisa atuar de forma eficiente. A preocupação com a melhora da eficiência do processo é crucial para que o Estado possa implementar e atuar a tutela judicial de direitos de forma efetiva e a todos que a requererem. Nesse sentido, o recurso à eficiência é indispensável para evitar que a efetividade de um determinado processo comprometa a resolução adequada dos demais.²⁵⁵

Com efeito, o sistema de justiça opera a partir de recursos escassos e muitas vezes insuficientes, o que suscita o impasse entre a funcionalidade e a efetividade que se espera do processo e as suas condições materiais reais.²⁵⁶ A adjudicação, isso é, a operação das cortes, é uma atividade que gera custos para o Estado, sustentados a partir do recolhimento de tributos. Considerando que essa receita é limitada e que a administração da justiça não é a única preocupação a ser endereçada pelo ente estatal, percebe-se a necessidade de racionalizar e fazer uso mais eficiente dos recursos destinados a essa atividade.²⁵⁷

Essa questão é agravada a partir da explosão de litigiosidade ocasionada pelo aumento da quantidade de conflitos judicializáveis, sobretudo envolvendo os chamados litigantes habituais, bem como pelas medidas de facilitação de acesso ao Poder Judiciário.²⁵⁸ Esse quadro onera excessivamente o sistema judicial, tornando-o, por sua vez, cada vez mais sobrecarregado e ineficiente.²⁵⁹ Por um lado, é certo que não se pode conter as transformações sociais e econômicas e a consequente

²⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *IJPL*, v. 4, p. 178, 2014, p. 18; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 45; RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la eficiencia en la justicia civil. **Revista de Processo Comparado**. vol. 8. ano 4. p. 159-192. São Paulo: Ed. RT, jul. 2018, p. 160.

²⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32-33. Segundo os autores, surge um constante desafio entre necessidade e possibilidade: “a expectativa de um trabalho reflexivo mais detalhado por parte do magistrado pressuporia que lhe fossem dadas condições materiais de desempenhá-lo, mas não se pode desconsiderar as limitações estruturais e orçamentárias do Judiciário.”

²⁵⁷ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003, p. 25; GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015, p. 43.

²⁵⁸ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003, p. 9; REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça** editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 147-148; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

²⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à Justiça: relatório brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 6, p. 15-36, 2017, s.p. Segundo o autor, “nesse círculo vicioso, cria-se o paradoxo de que, quanto maior o acesso ao Poder Judiciário, mais ineficiente ele se torna, dando resposta cada vez pior à demanda dos jurisdicionados.”

massificação das relações sociais. Ademais, as vantagens proporcionadas pela universalização da justiça são inquestionáveis para a sociedade atual em uma perspectiva democrática e a relativização dessa garantia de inafastabilidade ainda é corretamente vista com desconfiança. Não nos parece adequado simplesmente obstar ou desencorajar o acesso ao Judiciário, nem mesmo adotar, de forma irrefletida, métodos de julgamento padronizado, que, na maioria das vezes, acabam por negligenciar a qualidade das decisões e/ou favorecer os litigantes habituais.²⁶⁰

Mas, por outro lado, não se pode admitir que o litigante provoque a atuação jurisdicional e tenha disponíveis para si todos os serviços judiciários existentes, independente da complexidade do caso apresentado e dos custos adicionais que esse exercício gera para o ente estatal. É necessário, então, racionalizar a atividade judicial, a fim de que os recursos disponíveis sejam distribuídos a cada caso de forma proporcional à sua complexidade.²⁶¹

Nessa medida, o recurso à chamada “proporcionalidade panprocessual” se apresenta como ferramenta de extrema utilidade para concretizar a eficiência do processo, não apenas em sua perspectiva interna, mas também em uma dimensão mais ampla.²⁶² O princípio, expressamente previsto no direito comparado, à exemplo do ordenamento inglês, impõe que a distribuição dos recursos judiciais escassos seja feita de forma proporcional à complexidade de cada caso, considerando a existência

²⁶⁰ Nesse sentido, a crítica da doutrina: “as mais recentes políticas públicas de acesso à justiça no Brasil privilegiam os interesses de grandes litigantes, fundando-se em um discurso essencialmente eficientista que dá primazia a mecanismos de padronização decisória que prometem funcionar como soluções de gestão para desafogar um Poder Judiciário sobrecarregado e moroso. Acesso enquanto uniformização e celeridade, por meio de lógicas de julgamento por amostragem, por exemplo, é um discurso que acaba por fortalecer ainda mais as vantagens estratégicas daqueles que conseguem navegar por esses instrumentos processuais, que demandam expertise e recursos. É este o acesso que se tem hoje no Brasil e que, do ponto de vista dos mais vulneráveis, é uma realidade que tende ao não-acesso”. GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, p. 178. Também sobre o tema, em especial no que diz respeito ao Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas e o problema da falta de representação dos interesses dos litigantes eventuais, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 37-45.

²⁶¹ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency**: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication. London: Hart Publishing, 2003, p. 187; ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In: **Journal of Law and Society**. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995, p. 4.

²⁶² Sobre o tema, ver: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. **IJPL**, v. 4, p. 178, 2014; CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. **Revista de Processo**, v. 192, ano 36, p. 397-415, São Paulo: RT, fev. 2011.

de outras demandas concorrentes e de outros litigantes que também buscam acesso ao Poder Judiciário.²⁶³ A partir dessa lógica, a atividade jurisdicional deve ser tida como um serviço público, a ser oferecido pelo Estado de forma isonômica a todos que dele necessitem, o que, por sua vez, demanda a aplicação dos recursos de maneira racionalizada.²⁶⁴ Esse juízo de proporcionalidade, em que se afere se o esforço empregado em determinado caso é justificado diante do cenário panprocessual, pode ser feito pelo próprio legislador, como ocorre no caso da previsão de procedimentos especiais simplificados ou mesmo de ações coletivas, ou mesmo pelo magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, através da prática do *case management*.²⁶⁵

No caso dos direitos individuais homogêneos, em que há identidade de questões fáticas e as demandas individuais costumam ser de baixo valor, a tutela coletiva representa resposta adequada ao cânone da proporcionalidade panprocessual, na medida em que o processo coletivo reúne todas as pretensões massificadas para tratamento em uma única demanda coletiva, propiciando a economia de recursos humanos e financeiros. No entanto, como se verá mais adiante, o procedimento executivo previsto pelo legislador brasileiro, em particular no Código de Defesa do Consumidor, acaba por atomizar novamente o conflito, tornando o processo não raro ineficiente no aspecto panprocessual, o que exige a atuação das funções bloqueadora e gestora da eficiência no caso concreto.

A conclusão, portanto, é singela. Para além do compromisso com a efetividade, o magistrado precisa conduzir o processo de forma eficiente, melhor aproveitando os recursos disponíveis, tanto do aspecto interno quanto externo do fenômeno processual, sendo a proporcionalidade panprocessual, nesse último caso, uma ferramenta hermenêutica idônea para essa finalidade

1.2.3 A gestão de casos, em especial mediante a cooperação judiciária nacional

²⁶³ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

²⁶⁴ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003, p. 224-225; CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. **Revista de Processo**, v. 192, ano 36, p. 397-415, São Paulo : RT, fev. 2011. p. 4.

²⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 48.

Adjacente à perspectiva panprocessual, que considera a totalidade de casos submetidos e potencialmente sujeitos à análise do Poder Judiciário, relevante ainda perceber a dimensão “macro” da eficiência do processo, de particular importância para a categoria dos direitos individuais homogêneos e demais situações que envolvem conflitos complexos e plurilaterais. Nessa dimensão, consegue-se perceber o papel central de um uso não tímido das técnicas de cooperação judiciária nacional. O tema merece breve reconstrução e, a seguir, aprofundamento.

Em trabalho publicado no ano de 2001, resgatado recentemente pela doutrina²⁶⁶, Ovídio da Silva Baptista apresentou uma noção de economia processual voltada à perspectiva *macroprocessual*. Ao abordar as formas de intervenção de terceiro, o autor concluiu que estas somente fariam sentido sob a ótica da economia processual caso esta fosse tomada em um sentido maior, vale dizer *macro*. Isso porque, a intervenção, a despeito de tornar mais complexo e, por conseguinte, “atrasar” a marcha do processo individualmente considerado, resolve definitivamente o litígio e evita que as partes e o órgão-jurisdição tenham que se sujeitar a eventual rediscussão do caso promovida por terceiro.

Disso, infere-se uma conclusão preliminar bastante clara: o processo pode ser eficiente na perspectiva individual, sem que, porém, seja eficiente nesta perspectiva maior. O processo que resolve, a um só tempo, diversas situações jurídicas correlatas, é evidentemente mais eficiente, se observada a verdadeira dimensão do litígio no plano dos fatos, ainda que isso consuma mais tempo e recursos no processo individualmente considerado.

A gestão do caso, portanto, além de assumir uma dimensão *intra* ou *microprocessual*, vale dizer, que diz respeito a um único processo, também assume uma perspectiva *inter* ou *macroprocessual*. E é a análise a partir dessa segunda dimensão que justifica – e revela a real importância – do emprego de técnicas de gerenciamento em grupos de processos, relacionados por alguma circunstância que lhes seja comum (por exemplo, uma situação que enseje a formação de um litisconsórcio facultativo ou mesmo a existência de uma pluralidade de interesses homogêneos tratados individualmente).

²⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo. Baptista da. Celeridade versus economia processual. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 229, apud CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014. p. 76-77;

Daí porque merece destaque especial como norma de gestão *macro* o dever de cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 67 a 69), inclusive com a possibilidade de realização de atos concertados entre juízes cooperantes, conforme o § 2º do art. 69 do Código de Processo Civil de 2015.

A previsão do Código simplifica a atividade de cooperação entre os juízes, na linha do que já estabelecia a Recomendação do CNJ n. 38, de 2011, tornando subsidiário o regime de cartas herdado do Código anterior. O novo esquema de cooperação nacional, a partir da percepção da unicidade do Poder Judiciário e da consolidação do modelo colaborativo do processo, facilita a prestação de informações, a reunião de casos para prática de atos conjuntos e permite a reconfiguração das competências dos órgãos jurisdicionais, tornando o processo civil mais eficiente.²⁶⁷ Ademais, como aponta Fredie Didier Jr., a cooperação judiciária segue uma “linha-mestra do novo CPC” de flexibilização das técnicas processuais, permitindo a construção do procedimento adequado ao litígio complexo no caso concreto.²⁶⁸

Dentre as diversas modalidades de cooperação judiciária possíveis, dada a atipicidade desse sistema²⁶⁹, podemos citar, primeiro, a cooperação solicitada ou provocada, caso em que “o ato cooperativo é pontual e mais simples, e se esgota com a sua realização, com o atendimento da solicitação”.²⁷⁰ Assim, por exemplo, o pedido de obtenção de informações, previsto no art. 69, inciso III, do CPC, que permite o compartilhamento do endereço das partes e das testemunhas, de informações sobre atos processuais, tais como perícias e inspeções judiciais, e de informações sobre os

²⁶⁷ Nesse sentido: “A reunião, perante um único órgão jurisdicional, de atos comuns de interesse de vários processos sem dúvida é importante medida de economia de recursos públicos. Ao evitar a repetição inútil do mesmo ato em processos distintos, economiza-se tempo, recursos humanos e financeiros do Poder Judiciário e das partes, velando-se ainda pela isonomia e homogeneidade de solução. Ao se permitir, por outro lado, a concentração de casos repetitivos perante um único órgão, prestigia-se a administração concentrada das controvérsias seriais, com a oportunidade de criar lógica própria de sua tramitação e solução” (ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à Justiça: relatório brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 6, p. 15-36, 2017, s.p.). No mesmo sentido: FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro. **Civil Procedure Review** – Ab Omnibus Pro Omnibus, v.10, n.3: set.-dez. 2019. p. 21; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 74-75.

²⁶⁹ Além do art. 68 do CPC/2015 dispor que o pedido de cooperação pode versar sobre a prática de qualquer ato processual, o art. 69 dispensa qualquer forma específica para a sua prática, o que confere ampla liberdade sobre quais atos serão objeto de cooperação e sobre a forma como ela será efetivada. É evidente, contudo, que o ato deve ter forma, deve ser formalizado, apenas dispensando forma específica.

²⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 80.

bens do devedor e sua localidade, etc.²⁷¹

Já o chamado ato concertado (art. 69, parágrafo 2º, CPC), que pode ser reconhecido até mesmo como um negócio jurídico processual de direito público²⁷², é indicado para disciplinar uma cooperação permanente ou duradoura entre os juízos. O instrumento de cooperação assume a forma de fonte de norma processual, passando a reger a prática de uma série de atos, estabelecendo um verdadeiro procedimento negociado.²⁷³

O art. 69, § 2º, do CPC traz um rol exemplificativo de atos de concertação a serem praticados pelos juízos na condução dos processos, incluindo, entre outros, a prática de citação e intimação das partes em outras localidades, a obtenção e apresentação de provas em juízo diverso, a centralização de processos repetitivos e a execução de decisões jurisdicionais. Como se vê, praticamente todas as funções exercidas pelo julgador no processo ficam sujeitas à concertação, inclusive a função decisória e a executiva.²⁷⁴

Sem dúvidas, haverá casos em que a as trocas cooperativas entre juízos ensejarão a modificação das competências originalmente estabelecidas, sobretudo nos casos de reunião ou apensamento de processos (art. 69, II), centralização de processos repetitivos (art. 69, § 2º, VI), produção de provas que enseje reunião de demandas (art. 69, § 2º, II) e a execução de decisões jurisdicionais (art. 69, § 2º, VII).²⁷⁵

²⁷¹ MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

²⁷² DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 84-85. FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro. **Civil Procedure Review** – Ab Omnibus Pro Omnibus, v.10, n.3: set.-dez. 2019. p. 27; FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. **O compartilhamento de competências e os atos concertados entre juízes**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 146. Sobre o tema, prefere-se a definição de Antonio do Passo Cabral: “Atos concertados são espécies de atos conjuntos (de base consensual, portanto), nos quais se verifica a coordenação ou combinação de competências para um mesmo escopo processual. Vale dizer, competências de dois ou mais juízos se articulam para o atingimento de objetivos comuns ou convergentes em um ou mais processos.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 678).

²⁷³ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 85-86.

²⁷⁴ PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova**: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018. p. 168; DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 87-88.

²⁷⁵ PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova**: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018.

Assim, acaba por se admitir a modificação da competência por ato dos juízes cooperantes, que o fazem na posição de gestores do processo, com amparo no princípio da eficiência (art. 8º, CPC).²⁷⁶ Poder-se-ia cogitar a violação da concepção tradicional do juiz natural, prevista no art. 5º, LIII, da Constituição Federal. No entanto, além da necessidade de ponderação do valor subjacente a essa regra com o princípio da eficiência no caso concreto, a alteração das competências por concertação não viola o núcleo essencial do princípio do juiz natural, na sua conformação contemporânea, que exige apenas a garantia da objetividade, da impessoalidade e da invariância do órgão julgador, como apontado por Antonio do Passo Cabral.²⁷⁷

Cumprе esclarecer, ainda, que as medidas de cooperação poderão ser determinadas de ofício pelo juiz ou a partir do requerimento das partes²⁷⁸, e, em todo caso, deverão ser asseguradas as garantias fundamentais dos litigantes. Nesse sentir, o juiz deve fundamentar suas decisões, sobretudo quando impliquem a modificação da competência, demonstrando a melhor aptidão do juízo cooperante para a prática de determinados atos ou para a gestão do caso complexo.²⁷⁹ Além disso, antes da prática do ato de colaboração, o julgador deverá oportunizar a manifestação das partes, salvo na hipótese excepcional em que o ato tiver caráter ordinatório/de mero

p. 169; FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. **O compartilhamento de competências e os atos concertados entre juízes**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. p. 106.

²⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 99-103. Não nos parece adequado falar, necessariamente, em “ato de vontade” do juiz. Como lembram Marinoni, Arenhart e Mitidiero, uma vez que os juízes estão investidos de verdadeiros poderes-deveres, presentes situações de preservação da isonomia ou da eficiência da prestação jurisdicional, a concertação deverá ocorrer. Curso

²⁷⁷ Sobre o tema, ver: CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. No mesmo sentido, o entendimento doutrinário majoritário é pela inexistência de violação à garantia do juiz natural: FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro. **Civil Procedure Review** – Ab Omnibus Pro Omnibus, v.10, n.3: set.-dez. 2019. p. 19; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. Ainda, como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero “não há nessa figura qualquer lesão ao princípio do juiz natural”, pois “não se estabelece, com essa concentração, qualquer juízo de exceção, mas apenas se prevê um outro critério – a isonomia ou a eficiência – para a prática de ato processual, aí incluída eventual concentração de processos ou unidade de julgamento.”

²⁷⁸ PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018. p. 178.

²⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 707-712; FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro. **Civil Procedure Review** – Ab Omnibus Pro Omnibus, v.10, n.3: set.-dez. 2019. p. 27; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

expediente.

Como se vê, o sistema estabelecido pelo Código representa uma verdadeira revolução na atividade de comunicação e cooperação entre juízos, permitindo disposição sobre as regras de competência e sobre a forma rígida do procedimento, em prol da efetividade da tutela jurisdicional e da eficiência e melhor gestão dos casos pelo Poder Judiciário.

Mas a utilidade mais importante dessa ferramenta, considerando a gestão *macro* de casos, diz respeito à ainda pouco explorada possibilidade de coletivização mediante os atos de cooperação, em especial a partir da previsão do art. 69, § 2º, inciso VI, CPC.²⁸⁰

Com efeito, a técnica se revela especialmente útil para a condução de processos que envolvam questões repetitivas, como nos casos de múltiplos danos individuais, em que um único evento danoso causa prejuízos a uma pluralidade determinada ou determinável de indivíduos. É a hipótese, por exemplo, dos acidentes aéreos ou ferroviários, da contaminação de recursos ambientais, da existência de cláusula abusiva em vários contratos de adesão ou dos defeitos em produtos de determinada série de produção. Nessas situações, a coletivização para decisão conjunta evita a repetição de atos desnecessários e elimina o risco de julgamentos divergentes sobre as mesmas ou idênticas questões de fato/direito.²⁸¹

Nesse sentido, os atos concertados poderiam assumir contornos análogos à

²⁸⁰ Sobre o tema, destacam-se dois trabalhos de grande qualidade e relevância. Primeiro, a tese de Thais Amoroso Paschoal, que defende a possibilidade de coletivização da prova através dos atos concertados: PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual.** Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018. Segundo, um artigo recentemente publicado de autoria de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**, v. 310, p. 173-201, Dez/2020. Também já tratou do assunto Antonio do Passo Cabral, defendendo que a técnica de centralização do art.69 §2º, VI do CPC pode ser útil quando incabíveis os mecanismos do microsistema de resolução de casos repetitivos. (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 682).

²⁸¹ Marinoni, Arenhart e Mitidiero inserem o princípio da isonomia na equação, para os casos de litígios complexos que envolvam questões de massa. Assim, para a aplicação da norma de gestão, no caso, a concertação, o juiz deve fazê-lo a partir dos parâmetros de eficiência e isonomia, demonstrada a necessidade no caso concreto: "A preservação da isonomia pode determinar que um único juiz fique responsável por examinar as várias causas, ainda que cada uma delas exija solução diferente. Sem dúvida, a apreciação dessas várias demandas por um só órgão jurisdicional favorece a aplicação de critérios iguais para todas as demandas e, assim, contribui para decisão mais homogênea para todos os casos. Enfim, para a prática de qualquer ato processual que possa repercutir em vários processos, autoriza-se o emprego da técnica em exame, desde que seu emprego favoreça a isonomia ou a eficiência da prestação jurisdicional."

técnica do *multidistrict litigation* do direito estadunidense, que permite a reunião de processos para coleta e produção de prova sobre fato comum a diversas demandas individuais e até mesmo para a resolução coletiva de questões, na forma de uma “*quasi-class action*”.²⁸²

A concertação também é capaz de modificar radicalmente a fase de efetivação das decisões judiciais inseridas neste contexto de litigância complexa. Registra-se que a doutrina brasileira reconhece na execução um dos ambientes mais favoráveis para a aplicação das técnicas previstas no art. 69, CPC, principalmente no caso de demandas executivas contra um mesmo devedor.²⁸³ Nesses casos, bastaria um único ato de penhora e um único procedimento de expropriação, com a possibilidade inclusive de análise conjunta de eventuais impugnações, tudo com base no art. 69, inciso VII, cumulado com os incisos V e VI, CPC, que tratam, respectivamente, da facilitação de habilitações nas execuções concursais (falência e recuperação judicial)²⁸⁴ e da centralização de processos “repetitivos”. O tema será tratado em tópico específico, em especial no que diz respeito à utilização de atos concertados na execução de sentenças coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos.

Em síntese, tem-se que o olhar *macro* para o fenômeno processual, especialmente à luz da eficiência, permite perceber na cooperação judiciária nacional um importante mecanismo de gestão de casos, essencial para a outorga da adequada prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, inclusive de forma coletiva.

1.2.4 Eficiência e Análise Econômica do Direito

É necessário esclarecer, finalmente, que a noção de eficiência aqui considerada não se identifica integralmente com aquela utilizada na chamada Análise

²⁸² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**. v. 310, p. 173-201, Dez/2020; PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018. p. 170-177.

²⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 96; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

²⁸⁴ Sobre o tema, e reconhecendo o caráter coletivo do procedimento de recuperação judicial, ver: ROHENKOHL, Pedro Fernandes. **Cooperação Judiciária Nacional e preservação de empresas: uma análise do art. 69, §2º, IV, do CPC**. 2019. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador: 2019. p. 74.

Econômica do Direito (AED) ou na vertente de estudos do “Direito e Economia”.²⁸⁵

A referência ao conceito de eficiência nesse método econômico de análise de questões jurídicas costuma aparecer no campo da chamada análise normativa ou *normative economics*. Distinguindo-se do ramo da *positive economics*, que cuida da descrição e da explicação de fenômenos econômicos, a análise normativa consiste em um método prescritivo de avaliação de políticas legislativas de determinado ordenamento, que visa testar os possíveis efeitos econômicos delas decorrentes, a fim de determinar a sua desejabilidade social.²⁸⁶

As ferramentas da análise normativa têm sido utilizadas, sobretudo nos Estados Unidos, para o exame de uma ampla variedade de problemas jurídicos envolvendo a qualidade das leis e das decisões judiciais, principalmente no campo contratual e da responsabilidade civil.²⁸⁷ O método também encontra aplicação no âmbito do processo judicial, servindo à resolução de questões relacionadas ao desenho legal de procedimentos e ao equacionamento de garantias processuais, sempre que a discussão imponha um *tradeoff*, ou seja, uma troca, entre os valores de precisão ou acerto das decisões judiciais e do custo relativo à manutenção e ao desenvolvimento dos processos.²⁸⁸

Nesse contexto, costuma ser considerado eficiente o sistema ou a regra procedimental que seja capaz de minimizar a soma dos chamados “custos sociais”, isto é, a soma dos custos de erro criados por decisões imprecisas e dos custos diretos ($c^s = c^e + c^d$), estes correspondentes aos gastos das partes e especialmente do Poder

²⁸⁵ Assim também já se manifestou Marco Félix Jobim. JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 213. Acerca da diferenciação dos termos, Análise Econômica do Direito e Direito e Economia, ver: CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: Essays in reform and recollection**. Yale University Press, 2016, p. 1-24.

²⁸⁶ CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew. **The foundations of positive and normative economics: a handbook**. Oxford University Press, 2008, p. xviii;

²⁸⁷ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 100 e ss.. Uma discussão bastante comum no campo da responsabilidade civil diz respeito aos efeitos econômicos dos regimes de responsabilização, sendo comumente citados o de strict liability, o de negligence rule e o de no liability. Normalmente, o debate envolve qual o regime mais adequado para que os potenciais violadores do ordenamento jurídico ajustem seus comportamentos futuros, reduzindo a ocorrência de danos.

²⁸⁸ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 248. Segundo os autores, o modelo de análise normativa pode ser útil para a análise de questões como a determinação do nexo de causalidade, a determinação de danos e de standards de prova para determinadas situações específicas. As escolhas sobre processo e procedimento, assim, são tomadas a partir de uma análise de minimização de custos, buscando-se sempre menor gastos com procedimento e resultados mais precisos, de modo a promover, na visão específica destes dois autores, o bem-estar social (p. 272)

Judiciário com o desenvolvimento do procedimento judicial.²⁸⁹ O sistema ideal, a partir dessa lógica, é aquele que, com menos custos diretos, isto é, com um procedimento mais simples e menos custoso, atinge resultados corretos e precisos - e supõe-se que a maior precisão somente pode ser obtida a partir de um investimento processual mais alto.²⁹⁰

No campo da análise econômica normativa, é comum que haja um compromisso da doutrina no sentido de que as escolhas sejam feitas de acordo com o chamado bem-estar social (*social welfare*). A dimensão deste conceito normalmente é tida em função decrescente da grandeza dos “custos sociais” – vale dizer, quanto maiores os custos sociais ($c^s = c^e + c^d$), maior será a redução do bem-estar social. Para Louis Kaplow e Steven Shavell, defensores desta opinião, a precisão do sistema processual enseja uma melhora no bem-estar individual agregado, na medida em que contribui com a distribuição de riquezas, repara com exatidão os danos causados e, principalmente, intervém no comportamento futuro dos jurisdicionados; por outro lado, a desvantagem relacionada aos procedimentos mais precisos é de que eles normalmente aumentam os custos de manutenção do processo, demandando maiores recursos do Poder Judiciário e do Poder Público de um modo geral, o que, em última análise, contribui para a redução do bem-estar social.²⁹¹ Nesse sentido, pode-se afirmar que a doutrina do *social welfare*, no âmbito da análise econômica normativa processual, fornece um método para avaliar se os benefícios da melhora dos resultados da atividade jurisdicional compensam os seus maiores custos, auxiliando na escolha da melhor regra processual a ser implementada.²⁹²

²⁸⁹ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 5-6 e 120; MILLER, Geoffrey P. The legal-economic analysis of comparative civil procedure. American. **Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 45, n. 4, p. 905, 1997, p. 906.

²⁹⁰ KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. S1, p. 307-401, 1994, pp. 308. p. 906. Sobre o tema, Geoffrey Miller: “As the procedures involved in resolving a dispute become more and more summary, the probability that the finder of fact or law will make an error will usually increase. At the limiting case, we could imagine a judge simply tossing a coin; this would be an extraordinarily efficient means of dispute resolution, but it would be unlikely to achieve accurate results. On the other hand, we can imagine a system that erred in the other direction: all evidence would be admitted; all witnesses would be subject to examination, cross-examination, and impeachment; evidence would not be excluded as repetitive; and so on. Such a system of dispute resolution is perhaps more likely to achieve a substantively “correct” result than a less elaborate one (although as procedures become too elaborate they may become counterproductive), but it does so at increased cost.” (MILLER, Geoffrey P. The legal-economic analysis of comparative civil procedure. American. **Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 45, n. 4, p. 905, 1997, p. 906.)

²⁹¹ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 249.

²⁹² KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 258.

De um modo geral, a maioria dos teóricos da Análise Econômica do Direito adota algum tipo de fórmula de custo-benefício ou de minimização de custos para testar os efeitos econômicos de políticas legislativas, ainda que não se vinculem categoricamente à doutrina do bem-estar social. Um dos critérios mais utilizados é o de Kaldor-Hicks, uma versão menos exigente do conhecido critério da superioridade de Pareto e que considera eficiente uma regra quando aqueles que dela se beneficiam possam compensar aqueles que por ela são prejudicados, de modo que o cálculo geral seja positivo e que os ganhos totais excedam as perdas.²⁹³ Outro critério que merece destaque é o da eficiência como maximização de riquezas, proposto por Richard Posner. De forma muito simplificada, para o autor, os sistemas de *common law* estariam voltados para a maximização de riquezas, de modo que o critério para a avaliação da justeza e da qualidade de determinada regra jurídica ou decisão judicial seria a sua contribuição para o aumento da riqueza na sociedade.²⁹⁴ De todo modo, também para Posner – e para a grande maioria dos teóricos da análise normativa – o objetivo do sistema processual, visto economicamente, seria minimizar a soma dos custos diretos e dos custos de erros, a fim de diminuir o custo social do processo.²⁹⁵

²⁹³ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 123-124. Segundo Bone, todos os teóricos que se utilizam de alguma forma de análise de custo e benefício assumem, na realidade, um *approach* semelhante ao do *welfare economics*. Para o autor, análises de custo e benefício, de um modo geral, se apoiam em um utilitarismo de bem-estar social e normalmente utilizam o critério de Kaldor-Hicks para medir a eficiência.

²⁹⁴ POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Harvard University Press, 1983. Posner, neste trabalho, transitou entre o utilitarismo de Bentham e a sua teoria própria da maximização de riquezas, para então acabar negando a doutrina do filósofo inglês da maximização da felicidade. Posner, nesta primeira obra, via a eficiência como o único princípio relevante para a justiça, como o fim do sistema processual. Em obras mais recentes, o autor passou a relativizar suas posições, enxergando a eficiência como um princípio de grande importância, mas não necessariamente o único. Note-se que, diferentemente do que propõe a teoria do bem-estar social, a lógica da maximização de riquezas ignora preocupações relacionadas à distribuição equitativa da riqueza. Sobre a evolução da obra de Posner no tempo, ver: WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 141-146.

²⁹⁵ POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, pp. 400-401; POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Wolters Kluwer. Law & Business. 3 ed. 1986, p. 517. No primeiro trabalho citado, Posner inaugura suas ideias de processo civil eficiente, principalmente no âmbito da *tort law*: “Um objetivo importante do direito material (como as normas de responsabilidade civil e penal) é aumentar a eficiência econômica. Segue-se que a imposição equivocada de responsabilidade legal, ou a falha equivocada de impor responsabilidade, reduzirá a eficiência. O erro judicial é, portanto, uma fonte de custos sociais e a redução do erro é uma meta do sistema processual. (...) Mesmo quando o processo legal funciona perfeitamente, envolve custos - o tempo de advogados, litigantes, testemunhas, jurados, juízes e outras pessoas, além de papel e tinta, escritório de advocacia e manutenção do tribunal, serviço telefônico, etc. . Esses custos são tão reais quanto os custos resultantes de erros: em geral, não queremos aumentar os custos diretos do processo legal em um dólar para reduzir os custos de erros em 50 (ou 99) centavos. O objetivo econômico é, portanto, minimizar a soma do erro e dos custos diretos.” (tradução livre).

Mas porque, então, a importação integral desse conceito de eficiência da análise econômica normativa para o sistema brasileiro não seria totalmente adequada?

Primeiro, porque na Análise Econômica, tradicionalmente, a noção de eficiência é proposta como um conceito de justiça e também como um de seus objetivos, servindo como um princípio ou um valor a guiar a aplicação do Direito.²⁹⁶ O aumento da riqueza na sociedade ou a redução de custos sociais são verdadeiros escopos do sistema de justiça, na percepção desta doutrina. No sistema brasileiro, por outro lado, defendemos a eficiência como uma norma jurídica que incide sobre o desenvolvimento e sobre a condução do processo pelo magistrado, para que a sua operação, destinada a atingir a tutela efetiva do direito material, se dê de forma racionalizada e eficiente.

Além disso, nessa lógica econômica, em especial no trabalho de Posner, a redução do custo de erros, com a correta aplicação do direito substancial, que indicaria, junto dos baixos custos diretos, a eficiência do sistema processual, estaria vinculada principalmente à dissuasão de comportamentos antijurídicos (*deterrence*). Com efeito, o potencial autor do ilícito, quando sabidamente submetido a um sistema rigoroso e preciso de responsabilização, tenderia a evitar o ato, o que, em última análise, produziria eficiência econômica e maximização de riquezas.²⁹⁷ Nessa medida, a melhora das regras do processo representaria apenas um esforço para maximizar a eficiência econômica²⁹⁸ e uma reforma processual apenas seria positiva quando os

²⁹⁶ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003, p. 72-73.

²⁹⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Wolters Kluwer. Law & Business. 3 ed. 1986, p. 517. Nesse sentido, Posner explica: "Suppose the expected cost of a particular type of accident is \$100 and the cost to the potential injurer of avoiding it is \$90 (the cost of avoidance by the victim, we will assume, is greater than \$100). If the potential injurer is subject to either a negligence or a strict liability standard, he will avoid the accident — assuming the standard is administered accurately. But suppose that in 15 percent of the cases in which an accident occurs, the injurer can expect to avoid liability because of erroneous factual determinations by the procedural system. Then the expected cost of the accident to the injurer will fall to \$85, and since this is less than the cost of avoidance to him (\$90), the accident will not be prevented." Também explica Bone: "It is important to recognize that error reduction is not an end in itself. Accuracy has social value because it furthers the goals of the substantive law, which in economic terms are to create incentives for socially desirable behavior. The substantive law affects incentives by attaching sanctions to behavior that violates a substantive norm. For sanctions to have the desired impact, however, individuals must expect to incur the sanction when they misbehave (...)." (BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 115).

²⁹⁸ POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, pp. 399-400. From the standpoint of efficiency the important point is that the defendant be made to pay the social costs of his unlawful (inefficient) conduct, rather than that the judgment be paid to a particular group of people-

benefícios da mudança de comportamento pelos indivíduos fossem maiores que os recursos consumidos na operação do sistema de justiça (custo direto).²⁹⁹ Perceba-se que a justiça da decisão e a sua efetividade prática, do ponto de vista compensatório, não são elementos considerados nessa equação.

O mesmo ocorre, talvez em menor medida, com a noção de eficiência atrelada à doutrina da *welfare economics*. Muito embora o projeto de bem-estar social assuma compromissos com questões distributivas, na medida em que a distribuição de renda tende a aumentar a satisfação da sociedade como um todo, além de incluir uma grande variedade de valores estimados pelos indivíduos, inclusive permitindo a captação de valores sociais relacionados ao senso de justiça, os adeptos dessa teoria entendem que o bem-estar agregado deve ser o único parâmetro a ser considerado na avaliação das regras jurídicas.³⁰⁰ Não haveria razões para considerar elementos de justiça (*fairness*) se isso resultasse em uma escolha diversa daquela que seria tomada a partir do princípio de avaliação independente da *welfare economics*, piorando a situação geral dos indivíduos.³⁰¹ Ademais, para essa doutrina, a melhora do bem-estar social é resultado da dissuasão de comportamentos ilícitos, de modo que esse é principal objetivo dos sistemas de reparação e o fundamento para a melhora de seus resultados, e não propriamente a compensação dos atingidos.³⁰² Como se sabe, via de regra, a função primordial da responsabilidade civil em nosso sistema é a restauração do equilíbrio das relações sociais, mediante a reparação dos indivíduos atingidos, daí decorrendo, apenas lateralmente, o efeito intimidatório ou

²⁹⁹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 35. Kaplow introduz no cálculo, ainda, o elemento do conhecimento prévio do potencial violador do ordenamento sobre o funcionamento do sistema de responsabilização, e o custo que isso representa: "When individuals acquire information about the true level of harm, and expected damages equal expected true harm, they will be induced to behave appropriately. (...) Finally, individuals' incentive to acquire information ex ante will be affected by the degree of accuracy that will be employed ex post. (...) Greater accuracy is valuable if it results in a sufficient improvement in behavior to justify its cost in adjudication as well as the additional costs individuals incur to become informed about the legal consequences of contemplated acts." (KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. S1, p. 307-401, 1994, pp. 318-399.

³⁰⁰ Essa é a tese central do trabalho recente de Louis Kaplow e Steven Shavell (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 6-7, p. 14 e p. 29-30).

³⁰¹ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 52.

³⁰² KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009, p. 41 e 261. Robert Bone, no mesmo sentido, confirma essa lógica: "It is important to recognize that error reduction is not an end in itself. Accuracy has social value because it furthers the goals of the substantive law, which in economic terms are to create incentives for socially desirable behavior. The substantive law affects incentives by attaching sanctions to behavior that violates a substantive norm." (BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 115).

preventivo.³⁰³

De qualquer modo, isso não significa que a análise normativa e seus métodos sejam totalmente inutilizáveis para aferir a adequação de regras no processo civil brasileiro. Se a finalidade estabelecida por determinado procedimento for predominantemente a de dissuasão de comportamentos, como ocorre no caso da previsão do “*fluid recovery*” constante no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, a mesma fórmula da AED, com as devidas adaptações ao sistema brasileiro, pode ser utilizada. Nesse sentido, pode-se dizer eficiente o procedimento que, com menos custos diretos, atinge decisões suficientemente corretas a ponto de implementar o efeito dissuasório sobre o causador e potenciais futuros causadores do ilícito.

Ademais, como reconhece Posner, a fórmula pode ser uma ferramenta útil para a análise de um procedimento legal mesmo que o seu objetivo não seja eminentemente econômico.³⁰⁴ Assim, por exemplo, no caso da responsabilidade civil, em que a compensação de danos é a finalidade principal (*redress*), sendo a função preventiva apenas um subproduto, a fórmula da AED pode ser útil desde que introduzido o elemento da justiça/efetividade como benefícios da precisão dos resultados, já que a eficiência é desejável desde que não conflite com os objetivos da justiça corretiva.³⁰⁵

A propósito, diante das críticas feitas pela doutrina contrária à Análise

³⁰³ Nesse sentido: “A responsabilidade civil visa, precipuamente, ao ressarcimento da lesão sofrida pelo ofendido; se possível, com o retorno ao statu quo ante, seguindo-se o princípio da restitutio in integrum. A indenização pecuniária se justifica quando o tipo de dano causado não comporta aquela reparação, como se verifica nos danos de natureza moral ou quando a coisa é destruída. Entendemos que a função primordial da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível; é de natureza reparatória. O seu norte é a justiça dos casos concretos, visando a deixar indene a vítima. A função intimidativa ou de prevenção se nos afigura decorrência da função reparatória. Condena-se o autor de danos, em um primeiro plano, a fim de se atender a vítima, proporcionando-lhe justiça; em um segundo plano, condena-se para se evitar a reincidência ou para que as pessoas não violem os direitos subjetivos de outrem.” (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6 ed, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14).

³⁰⁴ POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973.

³⁰⁵ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?: Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law**. Springer Science & Business Media, 2009, p. 195. Nesse sentido, o próprio Guido Calabresi reconheceu que, as regras procedimentais na responsabilidade civil devem ser basicamente atingir resultados justos, e só precisam ser eficientes como uma preocupação secundária. Calabresi – sp. There is, for example, a crucial difference in class actions between the goal of deterrence — achieved through a social accounting designed to force individuals to be aware in their decisionmaking of the costs they cause — and the goal of compensation that seeks to redress the losses of those who have been injured. Thus, who gets the amount recovered in the class action may be highly important if we are concerned with compensation and redress. But it may be relatively unimportant if we are primarily concerned with social cost accounting for deterrence.

Econômica do Direito³⁰⁶, qualquer estudo atual sobre a eficiência dos sistemas processuais deve ser sensível ao problema da justiça, que pode ser considerada do ponto de vista processual (*process-based*) ou de resultado (*outcome-based*). A primeira mede a justeza da decisão a partir das garantias processuais ofertadas às partes, e a segunda, a partir da qualidade dos resultados que o sistema processual produz. Nesse último caso, o resultado preciso e efetivo se insere na fórmula tradicional da AED, em função do custo direto, o que nos permite concluir, novamente, que o processo mais eficiente é aquele que atinge decisões justas e efetivas e com menor custo possível.³⁰⁷

1.3 DA EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA DO PROCESSO SINGULAR À TUTELA COLETIVA DE INTERESSES INDIVIDUAIS: FUNDAMENTOS E DIAGNÓSTICOS INICIAIS

No tópico anterior, observamos a implementação no sistema processual do dever de observância da eficiência qualitativa na atuação do serviço de justiça, demonstrando que, no atual contexto, não basta que o processo atinja seus objetivos e o faça da maneira efetiva, sendo necessário também que sua atuação, na concretização de seus fins, se dê de forma eficiente. Ficou claro, também, o papel importantíssimo dos atores do processo, sobretudo do juiz, na promoção da efetividade das decisões jurisdicionais, na gestão dos processos com eficiência e na adaptação da técnica processual à tutela do direito considerado no caso concreto. Além disso, percebeu-se a importância dos princípios da efetividade e da eficiência não apenas no campo interpretativo das normas do sistema, mas também na atividade de avaliação dos procedimentos e estruturas do processo.

Não há dúvidas de que toda essa construção também se aplica ao sistema coletivo e, em especial, à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Segundo o disposto no art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa

³⁰⁶ As críticas retratam o famoso debate entre fairness vs. efficiency. Sobre o tema, ver: KLERNAN, Daniel. The economics of civil procedure. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 11, p. 353-371, 2015, pp. 354; BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 187 e ss.

³⁰⁷ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 195. Essa análise não é perfeita, já que, Segundo o autor, “sempre é possível reduzir o risco de erro adicionando mais procedimento. Portanto, definir justiça como o máximo de precisão possível exigiria um investimento ilimitado em procedimento, com consequências potencialmente devastadoras para outros programas sociais de valor importante”. (tradução livre).

do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são assim tratados tendo em vista a sua chamada “origem comum”. Assim, além da relação “de afinidade, de semelhança, de homogeneidade”³⁰⁸ com referência aos demais direitos individuais considerados, é necessário que esses tenham decorrido de uma mesma origem, que pode ser de fato ou de direito e que não pressupõe uma unidade temporal.³⁰⁹

Nesse sentido, e a título de exemplo, serão considerados interesses individuais homogêneos aqueles cujos titulares são todas as vítimas, individualmente consideradas, de um único desastre aéreo; aqueles titularizados pelas vítimas de um produto nocivo à saúde, fornecido por uma mesma companhia ao longo de anos; ou ainda aqueles relativos à cobrança individualizada de taxa bancária abusiva, em prejuízo de diversos correntistas espalhados pelo país, caso em que fica evidente a origem comum “de direito”.

A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, de forma paralela à *class action for damages* do direito estadunidense, assume duas importantes *funções principais*: a de compensação das vítimas e a de dissuasão de comportamentos ilícitos.³¹⁰ Enquanto nos EUA parece haver uma tendência de supervalorização do efeito dissuasório,³¹¹ no Brasil é reconhecida a prevalência do propósito reparatório

³⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 34.

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019, n.p.

³¹⁰ A doutrina costuma apontar três objetivos principais desse tipo de ação, incluindo a busca por eficiência processual. Confira-se: “A demanda reparatória de direitos individuais homogêneos é a representação nacional da chamada *class action for damages* estadunidense, disciplinada pela regra 23 das Federal Rules of Civil Procedure. Seus objetivos são, por isso muito semelhantes: a busca pela reparação dos indivíduos, a produção do efeito dissuasório e da reprimenda do causador do dano, além da economia para o sistema de justiça no tratamento do litígio.” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 161). No direito norteamericano, ver: TIDMARSH, Jay. **Class Actions**: Five Principles to Promote Fairness and Efficiency. LexisNexis, 2013, §1 03. Como já adiantado anteriormente, entendemos que a eficiência deve ser vista não exatamente como um objetivo da função jurisdicional, mas como um princípio que norteia o seu modo de atuação. Logo, apesar de a eficiência ser apontada como um dos escopos da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, “é necessário perceber que o sistema deve ser capaz de realizar de forma efetiva as atividades a que se propõe e, se puder fazê-lo de forma eficiente, tanto melhor”.

³¹¹ Nesse sentido, reconhecendo ambos os objetivos da *class action for damages*, Brian T. Fitzpatrick pondera o seguinte: “But the class action is not known for its success at delivering compensation to class members in small-stake cases; sometimes it does it well—and it may get better as technology improves—but, in the run-of-the-mill case, only a small percentage of victims are made whole. None of this has bothered me or many other scholars, because we have always pointed to the deterrence virtue of the class action, arguing that it alone is enough to justify the class device”. E conclui, expressamente, que “The primary justification for the class action lawsuit in the United States today is the deterrent effect it has on corporate misbehavior”. (FITZPATRICK, Brian T. Do Class Actions Deter Wrongdoing? **Vanderbilt Law Research Paper N° 17-40**. August, 2017).

sobre o objetivo lateral de prevenção de ilícitos.³¹²

Especialmente sob o aspecto compensatório, pode-se afirmar que a economia e a eficiência são consideradas verdadeiros *fundamentos* para um modelo coletivo de tutela de direitos de uma pluralidade de indivíduos. Com efeito, busca-se a solução conjunta de pretensões múltiplas, evitando-se a repetição de atos processuais e reduzindo os gastos do Judiciário com o endereçamento destes conflitos.³¹³

Na realidade, a própria caracterização de um interesse como individual homogêneo está relacionada às questões de eficiência e de economia processual. Como bem observa Sérgio Cruz Arenhart, a proteção dos direitos individuais homogêneos pela via da coletiva encontra o mesmo assento constitucional da tutela individual e, portanto, é preponderantemente o juízo de proporcionalidade que sugere ao Estado, por opção de política legislativa, a reunião das pretensões homogêneas em uma única ação coletiva, ao invés do processamento das centenas ou milhares de demandas individuais.³¹⁴

Nesse sentido, os direitos individuais homogêneos não passam de “direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo”³¹⁵, e não constituem uma terceira

³¹² Sobre o tema, vale o comentário dos autos do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “O escopo mais saliente dessa ação coletiva é a tutela coletiva dos interesses individuais ligados pelo vínculo de homogeneidade, como ficou ressaltado. Mas, o escopo da tutela do interesse público está também bem evidente, pois em muitas situações de lesão dos direitos e dos interesses dos consumidores, principalmente nas microlesões, em relação aos quais os consumidores dificilmente tomariam a iniciativa de buscar individualmente a tutela jurisdicional, o legislador procurou evitar que essas lesões, diminutas na dimensão individual, mas bastante significativas na dimensão social e coletiva, ficassem sem nenhuma reprimenda. Essa relevância social da tutela coletiva dos interesses individuais está bem ressaltada na lei, que prevê, no art. 100, a liquidação e a execução da indenização devida pelos legitimados do art. 82, se os consumidores individuais não se habilitarem “em número compatível com a gravidade do dano”, após o decurso de um ano da sentença condenatória.” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.–. 2019, n.p.)

³¹³ TEORI, Albino Zavascki. **Processo coletivo**: Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2014, p. 150; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 70.

³¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos interesses individuais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

³¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 84. A propósito, é nesse sentido que Teori Zavascki diferenciava a “tutela de direitos coletivos” e a “tutela coletiva de direitos individuais”. Para o autor, quando se fala em tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, o qual mantém sua natureza individual, mas sim o modo de atuá-lo. (TEORI, Albino Zavascki. **Processo coletivo**: Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2014, p. 35). Sobre o tema, importante o esclarecimento: os direitos individuais homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.

categoria entre os direitos denominados metaindividuais. No seu aspecto material, os interesses individuais homogêneos conservam sua natureza individual, alterando-se, por razões de economia e eficiência, a via procedimental para a sua tutela.³¹⁶

De outro lado, a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos assume um papel importantíssimo do ponto de vista da efetividade da tutela de direitos e do acesso à justiça, ao permitir a proteção de direitos que, de outro modo, em razão de limitações econômicas e sociais, certamente não seriam levados à apreciação jurisdicional.³¹⁷

Os ideais de efetividade e eficiência também compõem os princípios que, segundo a doutrina clássica, orientam o direito processual coletivo: primeiro, o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual “a técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio”³¹⁸; e, segundo, o princípio da economia, que preconiza “o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.³¹⁹

Além do binômio integrar os fundamentos e princípios da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o próprio microsistema de tutela coletiva carrega consigo tais valores, já que, em sua concepção mais moderna, busca promover o diálogo intenso entre a legislação específica que rege o processo coletivo, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.³²⁰ Nessa lógica, o binômio

³¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 84. No mesmo sentido, o esclarecimento de Gustavo Osna: “a coletivização de interesses por meio dos “direitos individuais homogêneos” representa uma escolha procedimental que não enseja qualquer modificação na estrutura de seu suporte e não confere qualquer atributo especial à visão clássica de “direito subjetivo”. (OSNA, Gustavo. **Direitos Individuais Homogêneos**: Pressupostos, Fundamentos e Aplicação no Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 75).

³¹⁷ No direito estadounidense, a questão das chamadas “ações de bagatela” é bem esclarecida por John C. Coffee, em: COFFEE, John C. The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action. **The University of Chicago Law Review**, v. 54, n. 3, p. 877-937, 1987.

³¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308, pp. 306.

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308, pp. 305.

³²⁰ A propósito: “As regras apresentadas na Lei da Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor não afastam a incidência das novas regras sobre efetivação das decisões judiciais presentes no CPC. Convivem com essas regras de modo harmônico. Eventuais desvantagens eventualmente presentes nas legislações específicas (quando comparadas ao CPC) devem ceder lugar

efetividade-eficiência deve ser visto como vetor interpretativo também do microssistema de tutela coletiva de interesses individuais homogêneos, em especial da fase de execução.

Toda essa lógica, contudo, nem sempre orienta as produções normativas e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. São comuns as tentativas de limitar a aplicação das normas sobre processo coletivo e de interpretá-las restritivamente³²¹, o que, não raro, resulta em processos cada vez menos efetivos e com pouquíssimos ganhos em termos de eficiência. Talvez o exemplo mais emblemático dessa situação seja o disposto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que, utilizando-se erroneamente do termo “coisa julgada”, pretende delimitar os efeitos da sentença coletiva, inclusive em matéria de direitos individuais homogêneos, à competência territorial do órgão prolator, ignorando a verdadeira dimensão subjetiva do conflito. A regra diminui artificialmente o alcance das sentenças coletivas e propicia a instauração de vários processos idênticos na hipótese de danos de âmbito regional ou nacional, o que agrava o risco de decisões conflitantes, faz desperdiçar recursos judiciários e, em última análise, desestimula a proteção de direitos individuais homogêneos pela via coletiva.³²² Após diversas manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema³²³, a questão finalmente vem sendo debatida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.075), à luz da Constituição Federal, já havendo maioria

às novas regras da lei processual geral.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 318). A leitura anterior do microssistema, ao nosso ver superada, era a seguinte: “Com efeito, o CPC como norma de índole individual somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual, ou seja, havendo omissão específica de determinada norma, não se adentrará de imediato em pesquisa para as soluções legais previstas no CPC, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do microssistema coletivo. Assim, somente se utilizará o CPC em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, se verificar que não existe regra compatível no restante das demais leis que compõem o microssistema da tutela coletiva” (MAZZEI, Rodrigo. Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas. **MPMG Jurídico**, 2006; ALMEIDA, Gregório Assagra de. O microssistema de tutela jurisdicional coletiva (CDC e LACP) como conjunto de normas de superdireito processual coletivo. **MPMG Jurídico**, 2005).

³²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.–. 2019. n.p.

³²² ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). Coleção Repercussões do Novo CPC: **Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 157-185, 2016, pp. 166; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 192-193.

³²³ Para uma análise crítica sobre a jurisprudência do STJ no tema, ver: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 289 – 303.

formada no sentido de inconstitucionalidade da norma.³²⁴ Do mesmo modo, é representativa dessa postura a tentativa incansável de parte da doutrina de limitar ao máximo a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos³²⁵, tendência que não tem prevalecido na jurisprudência, ante o reconhecimento da legitimidade ativa do *Parquet* para propor demandas em defesa de interesses individuais homogêneos indisponíveis ou disponíveis de relevante interesse social³²⁶. Estas e outras questões vêm ameaçando a efetividade e a eficiência da tutela coletiva dos direitos individuais de massa, o que, para alguns, tem acelerado a morte gradual desse tipo de ação coletiva.³²⁷

Estes problemas estão presentes, em mesma medida, na fase de liquidação e execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos. Sem dúvidas, o binômio da efetividade-eficiência, como visto aplicável à tutela coletiva, também deve incidir nesta fase tão importante de efetivação e concretização de direitos.

Passemos, então, à descrição do modelo atual de liquidação e execução de interesses individuais homogêneos e, posteriormente, ao debate sobre os seus principais gargalos.

³²⁴ Sobre o que está em jogo no julgamento, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. **O tema 1.075, do STF, e os limites territoriais da coisa julgada coletiva**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340811/o-tema-1-075-e-os-limites-territoriais-da-coisa-julgada-coletiva>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

³²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 295.

³²⁶ “(...) a certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.” (STF. Plenário. RE 631111, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 07/08/2014). No mesmo sentido, a Súmula 601 do STJ, segundo a qual “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público”.

³²⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 129-130.

2 O MODELO ATUAL DE EXECUÇÃO PECUNIÁRIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: DISFUNÇÕES E DILEMAS

2.1 SISTEMÁTICA PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não obstante a possibilidade e a preferência pela tutela específica dos direitos, o Código de Defesa do Consumidor previu expressamente em seu Título III, Capítulo II, nos art. 91 e seguintes, as chamadas “ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, que nada mais são do que ações coletivas de responsabilidade civil, para a reparação pecuniária de danos individuais homogêneos.

Muito embora parte da doutrina entenda se tratar de um tipo específico de ação coletiva, diversa daquela amparada na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), o que interessa aqui é reconhecer que se trata de ação para a tutela de interesses individuais homogêneos, com previsão específica no microssistema de tutela coletiva.³²⁸

De um modo geral, trata-se de uma demanda de representação, promovida por um dos legitimados enumerados no art. 82, do CDC, e que resulta, a princípio, em uma sentença condenatória que reconhece a ocorrência de um dano, de forma genérica, e do seu responsável, permitindo a liquidação e a execução do título pelos indivíduos atingidos.

Cumprido, antes de analisar o procedimento específico previsto no diploma consumerista, sobretudo a partir dos elementos de efetividade e eficiência, examinar, de modo mais aprofundado, as particularidades e os atributos desse tipo de demanda coletiva.

2.1.1 Da sentença condenatória genérica

Segundo o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, a procedência do pedido na ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos ensejará

³²⁸ Segundo Sérgio Cruz Arenhart, “a leitura desse capítulo do Código de Defesa do Consumidor mostra, nitidamente, a concepção de um procedimento desenhado, estritamente, para a atuação a posteriori, com função ressarcitória, e quem se busca obter provimento capaz de outorgar condenação genérica em face do causador do fato danoso”. (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 161)

a prolação de uma sentença condenatória genérica, que se limita à fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados.

O objeto desta espécie de sentença é, em princípio, restrito à fixação genérica do dever de ressarcir e à verificação da lesão causada, sem que se identifiquem, desde logo, os indivíduos atingidos e seus respectivos prejuízos.³²⁹ Nesse sentido, a aferição da responsabilidade civil daquele que pratica um ilícito e causa determinados danos - neste caso, danos que atingem uma multiplicidade de sujeitos -, independe das questões pessoais relativas a cada um dos prejudicados.³³⁰ Daí porque, diante disso, o legislador preferiu restringir o alcance da sentença condenatória neste tipo de demanda aos aspectos uniformes e homogêneos do conflito, isto é, à responsabilidade civil pelo dano globalmente considerado.³³¹

Todas as questões de fato e de direito que digam respeito aos danos pessoais suportados por cada vítima serão objeto de análise na fase de liquidação, que, via de regra, ocorrerá de forma individualizada. O sistema tal como desenhado pelo CDC pressupõe que o indivíduo afetado teria mais facilidade do que um legitimado coletivo para demonstrar a ocorrência de danos na sua esfera jurídica pessoal, bem como comprovar a sua extensão.³³² Ademais, parte-se da ideia de que, na maioria dos casos, o legitimado não teria condições de identificar, de antemão, todas as possíveis centenas de vítimas da ofensa (indeterminação subjetiva) e o prejuízo suportado por cada uma delas (indeterminação objetiva).³³³

Assim, essa configuração permite que, de um lado, qualquer indivíduo se aproveite da sentença condenatória genérica, desde que demonstre o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do réu *declarada* ilícita pela sentença condenatória genérica, e de outro, que seja analisada de forma específica a situação de cada vítima, sobretudo no que diz respeito à quantificação do dano sofrido.³³⁴

Costuma-se afirmar, diante dessa conformação procedimental, que falta à sentença condenatória genérica o elemento da liquidez. O ponto, no entanto, merece

³²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 197.

³³⁰ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 158.

³³¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 412.

³³² ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 100.

³³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 323, p. 179.

³³⁴ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 176.

maior reflexão.

A sentença ilíquida, no processo individual, é normalmente caracterizada pela indeterminação do valor da condenação (a) ou mesmo pela impossibilidade de individuação do próprio dano (b).³³⁵

No primeiro caso (a), a sentença não define a extensão da obrigação a que foi condenado o réu, porque, apesar de demonstrada a ocorrência do dano (*an debeat*) e a consequente responsabilidade, não foram produzidas, ao longo da fase de conhecimento, provas suficientes acerca do *quantum debeat*. Essas hipóteses, que geralmente decorrem da formulação de um pedido genérico ou indeterminado, conforme permitem os incisos do art. 324, § 1º, do Código de Processo Civil, são absolutamente excepcionais no sistema atual, como se extrai da previsão do art. 491, incisos I e II, do CPC.³³⁶

É interessante notar, aqui, o problema da “liquidação por dano zero”. Sempre que na sentença houver sido apurado somente o *an debeat*, sem a verificação conjunta do *quantum*, a liquidação trará consigo o risco de inexistência de valores a ressarcir, reduzindo a indenização a zero.³³⁷

Esse fenômeno, apesar de em princípio ilógico – já que quem declara a existência de algo declara também implicitamente a sua quantidade, ainda que mínima –, foi explicado por Piero Calamandrei, a partir da análise da jurisprudência da Corte de Cassação italiana. Segundo o autor, que comenta a interpretação dada pela Corte na matéria, a sentença ilíquida somente poderia ser proferida caso estivesse demonstrada a “existência real do dano”, não bastando a mera verificação de uma “responsabilidade hipotética por danos meramente possíveis”, de modo que ficaria resguardada à fase de liquidação somente a verificação da extensão do dano já reconhecido.³³⁸ Para Calamandrei, a construção realizada pelo tribunal ensejou um

³³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 106.

³³⁶ Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

³³⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Notas sobre liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.11, n.44, p.21-30, dez. 1986, s.p..

³³⁸ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche—Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 506.

fracionamento entre a análise da existência do dano (dano genérico) e da análise da sua quantidade (dano específico), consolidando o modelo da chamada “*condanna generica ai danni*”.³³⁹ Segundo ele, tais elementos seriam inseparáveis na prática, uma vez que, a existência não poderia ser afirmada senão dentro de certos limites ou medidas quantitativas.³⁴⁰ Assim, para Calamandrei, não haveria como afirmar a existência efetiva e concreta do dano sem que fosse realizado, ao mesmo tempo, um juízo sobre a sua extensão, o que o levou a concluir que a sentença genérica pressupunha apenas um juízo de probabilidade sobre a ocorrência do dano, reservando a um segundo momento, ao juízo de liquidação, a cognição aprofundada tanto sobre a ocorrência do dano concreto, quanto sobre a sua extensão.³⁴¹ A partir disso, seria concebível, no plano jurídico, a liquidação que, tendo como objeto uma sentença ressarcitória ilíquida de procedência, reconhecesse a inoccorrência de qualquer dano.³⁴²

O risco de condenação igual a zero estaria presente com ainda maior intensidade naquelas sentenças genéricas que sequer fixam o *an debeatur*, deixando

³³⁹ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche—Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 510-511.

³⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche—Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 511-512.

³⁴¹ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche—Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 514-516. Andrea Proto Pisani descreve esse fenômeno atualmente no direito italiano: Sul piano strutturale la condanna generica non ha oggetto l’adempimento di alcun obbligo; non essendo per definizione ancora determinata la prestazione dovuta, la condanna generica si limita semplicemente ad accertare un segmento della situazione giuridica esistente tra le parti, ed in particolare si limita ad accertare l’illegittimità dell’atto e la sua portata dannosa. (...) Un problema di grosso impegno teorico è invece quello diretto a giustificare l’eventualità che, una volta emanata una sentenza di condanna generica, nell’ulteriore corso del processo si accerti che, in concreto, il danno non sussiste. (...) Questo fenomeno consente di porre in evidenza come la condanna generica abbia ad oggetto non una situazione giuridica, un diritto in senso stretto ma solo — come si già detto — un segmento della situazione giuridica esistente tra le parti: un segmento, un frammento di diritto che solo l’esplicita disposizione dell’art. 278, 1º comma, consente, eccezionalmente, di divenire oggetto (autonomo) di sentenza allo scopo (lato sensu cautelare) di anticipare la messa a disposizione dell’attore di un titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale; in base a tale assunto la sentenza in esame può e deve per definizione, essere posta nel nulla dalla successiva sentenza sulla liquidazione, che accerti l’insussistenza quantitativa del diritto. Un diritto quantitativamente inesistente infatti non è diritto. (PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014, p. 158-159).

³⁴² Essa construção desenvolvida por Calamandrei foi acolhida por boa parte da doutrina nacional, com o intuito de esclarecer a possibilidade de existência jurídica de uma condenação igual a zero. Destaca-se a obra de Marinoni, Arenhart e Mitidiero: (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 875-876.). Elton Venturi também analisou com profundidade a questão da condanna generica ai danni do direito italiano: VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 126-128.

para a fase de liquidação a prova da própria ocorrência do dano (b).³⁴³ Afinal, “depende de liquidação do valor não é o mesmo que depender de verificação e de declaração de dano (além da sua valoração)”.³⁴⁴ Nesse sentido, vale o registro de que o Superior Tribunal de Justiça, tratando do tema, já reconheceu a possibilidade de condenação à reparação financeira de eventuais tratamentos médicos futuros referentes às sequelas decorrentes de um mesmo ato ilícito (no caso, um acidente automobilístico).³⁴⁵ Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, nessas hipóteses, haveria mais do que simples iliquidez, na medida em que a sentença reconheceria apenas “um fato ou ato apto a gerar direito a uma quantia em dinheiro e a simples probabilidade de dano”.³⁴⁶ Para o autor, essa situação seria análoga à da sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC, em que bastaria a existência de um fato ou ato ilícito, potencialmente gerador de dano.³⁴⁷

Daí porque já se afirmou doutrinariamente que o elemento declaratório da sentença do art. 95 do CDC “não incorporaria a afirmação de um dano efetivamente causado e concretamente suportado, limitando-se a reconhecer a potencialidade de danos da conduta do demandado”, além de não identificar lesados ou o valor da

³⁴³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Notas sobre liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.11, n.44, p.21-30, dez. 1986, s.p..

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 876.

³⁴⁵ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. CIRURGIAS REPARADORAS. EVENTO FUTURO E INCERTO. DIREITO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme jurisprudência sedimentada no STJ: “A condenação deve incluir todas as intervenções que se fizerem necessárias durante a tramitação do demorado processo e das que devam ser feitas no tratamento das seqüelas deixadas pelo acidente, ainda que não possam ser desde logo definidas em número e em valor, o que ficará para a liquidação de sentença” (REsp 297.007/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 18/03/2002). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 599.548/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)”

³⁴⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova liquidação de sentença e suas velhas questões. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da nova execução**. São Paulo: RT, v. 4, 2009. p. 26. Para o autor, uma sentença com estas características decorreria de um pedido formulado com base no art. 286, II, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 324, § 1º, inciso II, CPC/2015). A regra admite, como exceção, o pedido genérico, nos casos em que não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato reclamando. O juiz, quando da prolação da sentença, pode deparar-se com uma situação em que ainda não é possível determinar todas as consequências do ato ou do fato reclamando. Segundo Sica, “a sentença genérica permite a dedução de um pedido subsequente, lastreado em eventos futuros (ou na demonstração futura de eventos passados e que não foram oportunamente conhecidos) e não haveria que se cobrar do juiz que proferisse decisão certa acerca de pedidos que só serão (eventualmente) deduzidos depois de prolatada a sentença genérica.”

³⁴⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova liquidação de sentença e suas velhas questões. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da nova execução**. São Paulo: RT, v. 4, 2009. p. 22. Nota de rodapé n. 67.

reparação devida a cada um deles.³⁴⁸ Assim, a *condanna gennerica* italiana, que se limita à verificação da probabilidade do dano, teria encontrado decidido acolhimento e correspondência na espécie de sentença genérica prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco.³⁴⁹

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni, distinguindo a atividade desenvolvida na *condanna generica ai danni* daquela desenvolvida na condenação genérica do art. 95, do CDC, afirma que haveria uma diferença em termos de extensão da cognição, visto que, no primeiro caso, afirma-se a probabilidade de existência do dano, enquanto no segundo, nada seria dito acerca da existência dos vários danos, mas tão somente acerca do dever de indenizar.³⁵⁰

Em nosso sentir, a limitação de cognição existente nesta técnica de sentença dá-se, de fato, no plano horizontal.³⁵¹ No entanto, é importante destacar que a condenação do art. 95 do CDC não se satisfaz com a simples verificação do dever de indenizar a partir da prova do ilícito, sendo necessário averiguar também, segundo a própria redação legal, os “danos causados”.

Nessa mesma linha, Elton Venturi afirma que essa sentença traz consigo a “declaração da existência de um dano de caráter transindividual”, isto é, um dano a uma coletividade de indivíduos.³⁵² O Professor e Ministro Teori Albino Zavascki desenvolveu leitura semelhante, no sentido de que, nestes casos, a cognição se limita, em extensão, “ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos postos na

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1248 - 1252. Segundo o autor, a sentença condenatória genérica do art. 95, CDC, “não reconhece nem declara a existência de concretos e identificados direitos individuais lesados e muito menos identifica titulares.” Esse vazio de declaração, segundo Dinamarco, “permite toda a amplitude de exame e declaração no processo liquidatário que cada um dos pretendentes vier a instaurar”.

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1248 - 1249. MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. 2 ed. Nápoles: Jovene, 1965. p. 46-47.

³⁵⁰ O processo de massa e o risco de decisões contraditórias..., cit., p. 22

³⁵¹ Utiliza-se, ao longo desta discussão, as premissas teorias de Kazuo Watanabe, expostas na obra “Da Cognição no Processo Civil”: “Segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade.” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed., Campinas: Bookseller: 2000, p. 112-113.)

³⁵² VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 145.

demanda”.³⁵³

A descrição mais precisa do fenômeno da sentença condenatória genérica sobre direitos individuais homogêneos, nesta conformação tradicional e de cariz legalista, é a seguinte: no plano horizontal, a cognição limita-se à verificação da existência de responsabilidade do réu quanto aos danos concretos que atingem uma coletividade de indivíduos, impondo-se, em caso afirmativo, o dever de indenizar. Assim, a sentença abarca o *an debeatur*, ou seja, a ocorrência do dano, no seu aspecto geral, reservando a análise do *an debeatur* particular, do *qui debeatur* (quem) e do *quantum debeatur* à fase de liquidação, que, via de regra, deve ocorrer pelo procedimento comum (art. 509, II, CPC). Esta é a interpretação defendida por Ada Pellegrini Grinover, para quem a liquidação individual serve para, “além da quantificação dos prejuízos, apurar parte do *an debeatur* (a existência do dano individualmente sofrido e o nexo causal com o dano geral reconhecido pela sentença)”.³⁵⁴

Já no que diz respeito à profundidade, a procedência da demanda, via de regra, pressupõe cognição ampla ou exauriente³⁵⁵ e encerra um juízo definitivo.³⁵⁶ Assim, ao menos quanto aos danos considerados nessa perspectiva geral, de uma coletividade de indivíduos atingidos³⁵⁷, a liquidação prevista no art. 100 do CDC não poderia resultar em valor zero, sob pena de violação à própria coisa julgada.³⁵⁸ Sem embargo, é ressalvada, nessa liquidação, a possibilidade de que o módulo de prova seja reduzido pelo juiz diante das peculiaridades do caso concreto³⁵⁹ ou que o

³⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 181.

³⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308, pp 308.

³⁵⁵ A cognição exauriente, aqui, está relacionada com a profundidade da cognição, que, segundo Marinoni e Arenhart, tem conexão com a possibilidade de participação das partes na formação do convencimento judicial. Trata-se, aqui, de um juízo de cognição exauriente e de ampla participação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.)

³⁵⁶ O juízo definitivo, aqui, se contrapõe a um juízo provisório, que ainda é passível de ser modificado, pela influência das partes. Talvez a probabilidade a que se referia Calamandrei seria esta! Não é a convicção de probabilidade, que nos parece dizer respeito ao módulo de prova.

³⁵⁷ Não se está a tratar aqui de danos coletivos, nos termos do art. 81, II, do CDC, que diz respeito a direitos transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas.

³⁵⁸ Essa também é a posição do Professor Elton Venturi: VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 145.

³⁵⁹ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a partir da obra de Gerhard Walter, afirmam que a redução do módulo da prova na sentença, possibilitando o julgamento por convicção de

juízo de procedência se dê, por exemplo, pela regra do ônus da prova.³⁶⁰

É importante esclarecer que o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa ou precisa, na forma do comando do art. 492, parágrafo único do CPC³⁶¹. Afinal, certa é a sentença que não condiciona a eficácia da condenação ao preenchimento de certos requisitos ou à ocorrência de evento futuro e incerto.³⁶² Nesse sentido, a certeza da sentença condenatória genérica é obtida na medida em que ela define, de forma certa e inequívoca, a obrigação de indenizar os danos homogêneos causados a um grupo determinável de indivíduos, ainda que não pretenda pessoalizá-los ou estabelecer a extensão de seus prejuízos.

Outra questão recorrente, e de importante esclarecimento, sobre a sentença condenatória genérica do art. 95, CDC, diz respeito à sua classificação. Não é incomum se deparar com a afirmação doutrinária de que tal sentença seria, na

verossimilhança, é fruto da impossibilidade de o juiz chegar, diante do caso concreto, a um juízo de convicção de verdade. Segundo os autores “não há dúvida que a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto, dando ao juiz a possibilidade de se contentar com a verossimilhança (...) mas isso somente pode ser admissível em casos excepcionais, não como regra”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102 e 107). A redução do módulo da prova, nesse caso, não afeta o caráter exauriente da cognição, que diz respeito à participação das partes e a possibilidade de produção probatória, nem o caráter definitivo do juízo, no sentido de não ser passível de posterior modificação. Tratando do *standard* de prova, Ravi Peixoto afirma que, via de regra, a própria a suficiência probatória é definida pelo juiz, cabendo a ele “escolher qual a suficiência de prova necessária”. Segundo o autor, a questão do módulo da prova deveria ser decidida prioritariamente pelo legislador, no entanto, na ausência da atuação legislativa, como ocorre em diversos ordenamentos de *civil law*, inclusive no Brasil, incumbe ao Poder Judiciário fixar quais os *standards* a serem utilizados nas diferentes situações. De um modo geral, o *standard* utilizado nos casos cíveis é o de menor exigência, o da prevalência da prova, segundo o qual “para que a hipótese fática seja considerada provada, ela deve ser a hipótese com maior grau de confirmação probatória dentre as disponíveis e ser capaz de confirmar ser provável a ocorrência das preposições fáticas da parte”. (PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 66, 155 e 213).

³⁶⁰ Como lecionam Marinoni e Arenhart, “a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir.” Assim, “são definidos critérios que permitem a solução do litígios quando os fatos principais não restam esclarecidos, os quais são constituídos pelas regras que disciplina o ônus da prova”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214).

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.— 2019. n.p.; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 129; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015.

³⁶² Pertinente o comentário de Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “pode o juiz decidir a respeito da relação jurídica cuja eficácia se encontre submetida à condição suspensiva ou resolutiva ainda não verificada. O que se veda é que a própria sentença crie, ela própria, condição para sua eficácia ou submeta a procedência do pedido do demandante à ocorrência de acontecimento futuro e incerto” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 618).

realidade, meramente declaratória, na medida em que somente declararia a responsabilidade civil do réu, sendo despida de qualquer eficácia executiva e, portanto, de qualquer efetividade para a tutela do direito.³⁶³

Muito provavelmente, caso Piero Calamandrei tivesse tido a oportunidade de analisar especificamente este tipo de sentença prevista no ordenamento, também teria afirmado o seu caráter de mero acerto, já que, para o autor, a natureza jurídica de uma sentença deve ser inferida a partir de seus efeitos.³⁶⁴ Afinal, segundo o Professor italiano, a função da sentença condenatória é justamente a de preparar a execução, “função que é totalmente estranha à sentença que, além de não estabelecer o conteúdo quantitativo do ressarcimento, não define a existência da obrigação mesma”.³⁶⁵

Em sentido contrário, para Cândido Rangel Dinamarco, a sentença condenatória genérica do art. 95 teria um momento executivo sem qualquer peculiaridade em relação à condenação ordinária, havendo, tão somente, uma limitação no elemento declaratório da sentença.³⁶⁶ Do mesmo modo, Alexandre Freitas Câmara, para quem a classificação da sentença deve ser feita estritamente a partir de seu conteúdo, isto é, sem considerar a sua eficácia, afirma que a condenação genérica imporia ao réu o cumprimento de uma prestação, da mesma forma como a sentença ordinária, de modo que não poderia ser classificada como meramente declaratória.³⁶⁷

Talvez a classificação dessa espécie sentença como condenatória ou

³⁶³ Segundo Teori Albino Zavascki, “A sentença genérica não tem eficácia executiva (...) Para alcançá-la, haverá de ser complementada por outra, da qual resultem identificados os elementos faltantes da norma jurídica individualizada”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 181). Ao menos quanto à possibilidade da existência de danos individuais, Elton Venturi também entende que esta sentença possui conteúdo meramente declaratório. (VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 145-146). Podemos citar, ainda: LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. P. 281.

³⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche–Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 517.

³⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche–Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019, p. 517-518. Nas palavras do autor: “non è suscettibile di esecuzione forzata una sentenza la quale lascia incerto non solo il contenuto quantitativo, ma altresì l'esistenza stessa (...) dell'obbligo di risarcimento”. Segundo Proto Pisani, prevaleceu na Itália o entendimento de que a condanna generica se tratava, efetivamente, de sentença condenatória.

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.251.

³⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 2., 22 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 242.

declaratória seja de importância prática diminuta para a tutela coletiva de direitos, ainda mais quando considerada a variedade de critérios possíveis para a categorização dos pronunciamentos judiciais.³⁶⁸ No entanto, é necessário registrar que, do ponto de vista dos direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC não presta verdadeiramente a tutela ressarcitória, limitando-se apenas a declarar um de seus pressupostos. Na mesma linha de pensamento, não há propriamente condenação, porque essa pressupõe todos os requisitos necessários para a atividade de execução, salvo a definição do *quantum debeatur*.³⁶⁹

Assim, enquanto essa sentença assume, do ângulo da execução coletiva prevista no art. 100 (reparação fluida), uma função verdadeiramente condenatória, restando ao processo de liquidação tão somente quantificar a indenização devida, assume, simultaneamente, caráter meramente declaratório quanto à responsabilização do demandado pelos danos aos direitos individuais homogêneos.³⁷⁰ Há, aqui, verdadeiro fenômeno de “paralaxe jurídica”, já que se altera a percepção sobre a natureza da sentença do art. 95, bem como de sua função, à medida em que se modifica o ponto de vista do observador.³⁷¹

Acrescente-se, desde já e sem prejuízo da maior verticalização que se fará adiante, que esta técnica de sentença, da forma como concebida pela legislação

³⁶⁸ A maioria das classificações leva em conta o conteúdo ou a eficácia da técnica de sentença. É interessante registrar também a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que levam em consideração para a classificação das técnicas de sentença a tutela a que cada uma delas se destinam. Segundo os autores, “não é porque uma sentença não contém todos os requisitos da condenação que vai se tornar declaratória. A sentença declaratória, como já dito, presta a tutela declaratória, que elimina uma situação de incerteza que paira sobre uma situação jurídica. Porém, a sentença que afirma o dever de indenizar para a eventualidade do reconhecimento do dano não presta *tutela* declaratória, mas sim declara um dos pressupostos da *tutela ressarcitória* almejada pelo autor, que, por isto mesmo, é carecedora da declaração da existência do dano, a ser pronunciada na fase de liquidação.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 877). Nessa linha, chamam a sentença que não define desde logo o dano de sentença “quase-condenatória”.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 876.

³⁷⁰ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 145-146. O autor, comparando a sentença do art. 95 com a sentença coletiva trabalhista, afirmou que “diante da ausência de executividade na sentença que dirime dissídio coletivo, devem os interessados, por via da ação de cumprimento, integrar o comando daquela, impondo-lhe, pois, força executória.” (p. 136).

³⁷¹ Em definição singela, disponível no Dicionário de Português licenciado para a Oxford University Press, paralaxe é o “deslocamento aparente de um objeto quando se muda o ponto de observação”. Acesso ao verbete pelo *app Dictionary* (Versão 2.3.0 (268)) para macOS Big Sur, em 15.02.2021. A visão dos institutos jurídicos a partir dessa noção atribuiu-se à Ovídio Araújo Baptista da Silva.

consumerista, é claramente desprovida de efetividade, do ponto de vista da tutela dos direitos individuais homogêneos.

Para tanto, basta perceber que a tutela desses interesses fica na dependência da propositura de uma nova demanda, que serve para complementar a atividade anteriormente iniciada pelo juízo que proferiu a condenação genérica sobre parcela do mérito. Fica nítida, dessa forma, a ausência de verdadeira eficácia executiva desta técnica processual.³⁷² Na realidade, a efetividade deste tipo de sentença é tão reduzida quanto a da sentença condenatória anterior à reforma implementada pela Lei nº 11.232/05, senão menor, tendo em vista a necessidade de propositura não apenas da ação de execução, mas também de verdadeira nova ação de conhecimento, travestida de simples liquidação.

É preciso, nesse sentido, bem compreender o que se passa na fase de liquidação, objeto do próximo tópico.

2.1.2 Da fase de liquidação

Considerando que nenhum ato de execução forçada poderá ocorrer enquanto o título executivo não estiver completo, ou seja, quando não estiverem presentes todos os elementos da norma jurídica individualizada³⁷³, inclusive o *quantum* da prestação devida, a fase de liquidação do objeto da condenação assume extrema importância.³⁷⁴

No caso da sentença condenatória genérica do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, que apenas fixa a responsabilidade quanto aos “danos causados”, resolvendo a parcela efetivamente homogênea do conflito, a liquidação não apenas viabiliza a execução do título, mas serve a integralizar e individualizar a própria obrigação.³⁷⁵ Nesta etapa é que serão identificadas as diversas vítimas da conduta danosa e especificados os danos suportados por cada uma delas, transformando “a

³⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 181.

³⁷³ Perceba-se que mesmo na hipótese de execução provisória de *astreintes* decorrentes do descumprimento de antecipação dos efeitos de tutela, ainda assim o título executivo deve ser dotado de certeza, exigibilidade e liquidez.

³⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 104.

³⁷⁵ Mesmo fora do âmbito da execução pecuniária, no caso de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, em que a sentença poderá ser desde logo executada, o indivíduo, no momento da execução, deverá comprovar que se enquadra na situação tutelada genericamente na sentença.

condenação pelos prejuízos globalmente causados em indenizações pelos danos individualmente sofridos”.³⁷⁶

Trata-se, assim, de uma liquidação *sui generis*, com peculiaridades em relação à tradicional liquidação prevista nos art. 509 e seguintes do CPC, cuja função é apenas resolver o problema da condenação ao pagamento de quantia ilíquida³⁷⁷. No caso da sentença condenatória genérica do Código de Defesa do Consumidor, a liquidação tem objeto e finalidade mais amplos do que a liquidação tradicional.³⁷⁸ Aqui, além da quantificação dos prejuízos, a sentença liquidatória deverá definir parte do *an debeatur*, relativa à existência do dano individualmente sofrido pela vítima e ao nexo causal deste com o dano geral reconhecido pela sentença genérica.³⁷⁹

A liquidação na modalidade individual tem início com a “habilitação”³⁸⁰ das vítimas ou de seus sucessores, o que se dá, na realidade, mediante o exercício individual do direito de ação pelo sujeito atingido e a instauração de um outro processo, com o surgimento de uma nova relação processual entre o autor e o réu coletivo.³⁸¹ Nesta oportunidade, o habilitante deverá demonstrar, primeiramente, a sua

³⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.**— 2019. n.p.; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 427; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 262.

³⁷⁷ “Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor”

³⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno.** v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1248.

³⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.**— 2019. n.p.; SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 179; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 130. Nesse sentido, também a jurisprudência do STJ: “(...) 2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum debeatur, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina “liquidação imprópria” (...) (STJ, AgRg no AREsp 342.315/RS, 4a Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.10.2013, DJe 25.10.2013).

³⁸⁰ Segundo o comentário da doutrina especializada “(...) é a própria lei que, no art. 100, utiliza a expressão *habilitação dos interessados*. Habilitação essa que, se não guarda parentesco com a dos arts. 687 (correspondente ao art. 1.055 do CPC/1973) e segs. do NCPC, tem similitude com aquela que ocorre por intermédio das reclamações individuais de cumprimento, após a sentença coletiva trabalhista (muito embora, pela legislação do trabalho, não se trate de ações de conhecimento, porquanto a sentença coletiva é de natureza constitutiva e não condenatória: art. 872 da CLT).” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.**— 2019. n.p.).

³⁸¹ Segundo Sérgio Shimura: “envolvendo direitos individuais homogêneos, mister se faz a instauração de outro “processo”, destinado à liquidação de sentença e respectiva execução em prol da vítima (art.

pertinência ao grupo, ajustando-se à qualificação dos beneficiários estabelecida de forma despersonalizada pela sentença genérica, além do dano individual e do seu nexo de causalidade em relação ao ilícito reconhecido.³⁸² Preciado o valor do prejuízo individualmente sofrido, será proferida a sentença liquidatória, momento em que haverá, efetivamente, a verdadeira condenação à reparação do dano.

Percebe-se, pois, que a responsabilidade pelo dano definida na sentença condenatória genérica aparece, em relação à procedência da ação de liquidação individual, como antecedente lógico e necessário para o seu exame, na forma de uma questão prejudicial.³⁸³ Situação análoga ocorre, ao nosso ver, no caso do transporte da coisa julgada *in utilibus*, caso em que um indivíduo se utiliza da coisa julgada referente à responsabilidade por danos a interesses difusos ou coletivos para obter, mediante ação própria, a reparação de seu dano individual, decorrente do mesmo fato ou ato ilícito que fundamentou a procedência da demanda coletiva.³⁸⁴

97 e 98), em que haverá citação do dever, aplicando-se analogamente o previsto no parágrafo único do art. 475-N, CPC. (...) Então, cada interessado, individualmente, deve promover a sua respectiva habilitação (rectius, ação de liquidação) para posterior execução.” (SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 148). No mesmo sentido, tratando especificamente da constituição de uma nova relação jurídica processual: VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 137

³⁸² WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 324.

³⁸³ Em estudo clássico, José Carlos Barbosa Moreira, após diferenciar a questão prejudicial da questão preliminar e concluir que a primeira pré-determina o sentido em que a questão subordinada será resolvida, estabeleceu os três requisitos essenciais para a consolidação da relação de prejudicialidade. O primeiro dos requisitos da prejudicialidade é o da antecedência lógica da questão subordinante. O segundo requisito apontado é o da necessidade da superação da questão prejudicial para a resolução da principal. É evidente que, em sendo um antecedente lógico para a solução da questão subordinada, não há como negar que o julgamento da questão prévia é, com efeito, indispensável para que se possa examinar a questão prejudicial. O terceiro e último requisito é o da prejudicialidade em sentido jurídico. Propôs a doutrina a limitação do campo da prejudicialidade jurídica aos casos em que a resolução da questão exigisse atividade mental de subsunção do fato à norma, como se questão principal fosse. Diferencia-se, por isso, da mera prejudicialidade lógica, conceito que abrange uma infinidade de questões que, embora constituam antecedentes necessários para a resolução da questão principal, nem sempre se apresentam como prejudiciais do ponto de vista jurídico. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada** ed. Borsoi, 1967, p. 43-54.) Tendo em vista este último requisito, a doutrina pátria majoritária passou a advogar a necessidade de que a questão prejudicial pudesse ser objeto de uma demanda autônoma, ou seja, que houvesse interesse de agir no pleito de sua declaração em juízo. (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50-51; FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47). A lição veio de Francesco Menestrina, referência na doutrina italiana acerca do tema da prejudicialidade. Segundo o autor, a dependência lógica presente na resolução de questões não é, ainda, a relação de prejudicialidade relevante para o Direito, mas apenas um de seus pressupostos. A prejudicialidade jurídica surgiria da união de um novo elemento à prejudicialidade lógica, qual seja, a igual natureza do julgamento de uma questão prejudicial ao de uma questão principal. (MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904, p. 89-92.) No caso da responsabilidade,

³⁸⁴ Sobre o tema da coisa julgada *in utilibus*, ver: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 199 – 203. O autor descreve a situação é que é

É possível, ainda, que na etapa de liquidação da condenação genérica, o credor não logre demonstrar o dano individualmente sofrido ou fique demonstrada a inexistência de qualquer prejuízo à sua esfera jurídica. Em ambos os casos, o resultado da liquidação será “zero”, impondo-se a rejeição da demanda individual.³⁸⁵

No que diz respeito à modalidade de liquidação, a maioria dos casos reclamará a liquidação pelo procedimento comum (art. 509, inciso II do CPC), anteriormente denominada “liquidação por artigos” (art. 608, CPC/1973). Como se viu, as vítimas ou seus sucessores deverão demonstrar o nexo de causalidade entre os danos sofridos e a responsabilidade reconhecida na condenação genérica, ambos considerados “fatos novos” em relação ao conhecimento já desenvolvido. Logo, diante da necessidade de “alegar e provar fato novo”, o que evidentemente envolve instrução probatória, de qualquer espécie, recomenda-se a liquidação pelo procedimento comum.³⁸⁶ Não obstante, parte da doutrina reconhece a possibilidade de que a liquidação se dê por arbitramento, a depender do caso concreto e dos dados que

possível o transporte in utilibus da coisa julgada como: “Quando o mesmo fato ou ato jurídico ameaçador ou lesionador de direitos difusos e coletivos também fosse causador, em série, e de forma idêntica, de prejuízos individuais de massa. (...) Esse elo de intersecção é justamente o mesmo ato ou fato jurídico que deu origem ou contribuiu a um só tempo para a geração de danos essencialmente coletivos e também individuais. Partindo dessa premissa, o legislador simplificou o acesso jurisdicional dos cidadãos criando a coisa julgada in utilibus, que nada mais é do que a utilização do julgado coletivo, com força e autoridade de coisa julgada nas demandas individuais de massa”. O autor ainda reconhece o caráter de prejudicial da questão coletiva em relação à demanda individual (p. 203). Outro caso em que se verifica nitidamente esse caráter prejudicial da questão coletiva é o julgamento do REsp 1.167.700/RS, DJe 03.12.2012, em que o STJ atribuiu à sentença coletiva o efeito de conversão das ações individuais em liquidação, sob o fundamento de maior efetividade.

³⁸⁵ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 161; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 144. Nessas hipóteses, Patrícia Miranda Pizzol esclarece que poderá haver julgamento de improcedência ou de extinção por falta de legitimidade: “Se o indivíduo não demonstrar a ocorrência do dano individual e que ele foi resultado do fato reconhecido no processo condenatório, o pedido formulado na liquidação será julgado improcedente. Também pode ocorrer de o liquidante não demonstrar a pertinência subjetiva com o objeto da sentença proferida no processo coletivo e, nesse caso, ele será considerado parte ilegítima para a liquidação.” (PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 281).

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.253; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 330-331; SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 158; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 138; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 426; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 872; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 182-183; LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 285.

estiverem disponíveis para a identificação da vítima e para o cálculo do dano.³⁸⁷

Diante do veto presidencial ao paragrafo único do art. 97, que assegurava a possibilidade de a liquidação ser promovida no foro do domicílio do liquidante, não há atualmente qualquer previsão expressa sobre a competência territorial para a liquidação estabelecida no diploma consumerista, que apenas prevê que o juízo competente para a execução individual será o da liquidação ou da ação condenatória (art. 98, §2º, I, do CDC). Da interpretação desse dispositivo, é possível concluir que o juízo da liquidação não precisa necessariamente corresponder ao da ação condenatória. Mesmo porque, como adverte a doutrina, a concentração automática de todas as ações de liquidação e execução em um único juízo poderia acarretar o emperramento da função jurisdicional.³⁸⁸

Além disso, tal associação prejudicaria os demandantes cujo domicílio é diverso daquele juízo da ação de conhecimento, o que afrontaria o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC, que estabelece como direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa no processo. Isto considerado, e diante da previsão do art. 101, inciso I, do CDC, segundo a qual a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor, não se questiona a possibilidade de ajuizamento da ação de liquidação neste local.³⁸⁹ Não nos parece haver óbice,

³⁸⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 285. Em sentido absolutamente contrário, Luiz Rodrigues Wambier afirma que: "necessariamente o autor do pedido de liquidação terá de se servir da liquidação por artigos (...) Em suma, as vítimas ou seus sucessores deverão provar o nexo de causalidade entre os danos que sofreram e os fatos que estavam na base da pretensão vitoriosa, para poder, como decorrência, demonstrar e provar o dano sofrido por cada interessado, titular de direito individual que esteja protegido pela defesa coletiva. Isso evidentemente não se faz senão numa instrução probatória nos moldes da que o Código de Processo Civil determina para a hipótese de liquidação por artigos." (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 330-331).

³⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 179.

³⁸⁹ É nesse sentido a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que firmou a compreensão, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, de que "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC.)" (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe de 12.12.2011). Em outra oportunidade, a Segunda Turma do Tribunal reconheceu que "Obrigado os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implica inviabilização da tutela dos direitos individuais" e que "A interpretação conjunta dos arts. 98, caput, § 2º, I, e 101, I, do CDC leva à conclusão de que o ajuizamento da execução coletiva não torna prevento o respectivo juízo para fins de execução individual, sob pena de tornar letra morta a garantia, referida no acórdão embargado, à efetivação da tutela dos interesses individuais albergados pela ação coletiva, consubstanciada na possibilidade de ajuizamento da demanda executória individual no foro de domicílio do credor." (AgRg no REsp 1432236/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 23/05/2014). No

ainda, para que a liquidação e a posterior execução ocorram, por opção do credor, em algum dos juízos indicados no art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, como sustenta parte da doutrina, considerando a interpretação mais favorável ao consumidor conferida pelo microssistema de tutela coletiva.³⁹⁰

Finalmente, cumpre registrar a possibilidade de a liquidação individual ocorrer mediante representação pelos legitimados de que trata o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão do art. 97, parte final, do diploma consumerista. Mesmo aqui, nos termos do Código, a liquidação seria necessariamente personalizada e divisível, não havendo o que se falar em autêntica liquidação coletiva.³⁹¹ Vale registrar a leitura restritiva desse dispositivo adotada pelo Superior

mesmo sentido: (AgInt no REsp 1698833/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2019, DJe 29/05/2019); (AgRg no AREsp 471.288/DF, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)

³⁹⁰ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 280; SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 184; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 127. Nesse sentido, o STJ já entendeu que “Obrigar os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implica inviabilização da tutela dos direitos individuais” (AgRg no REsp 1432236/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 23/05/2014).

³⁹¹ Ada Pellegrini Grinover bem diferencia a situação da mera representação para a liquidação coletiva (legitimação ordinária) da legitimação extraordinária para a propositura da demanda coletiva do art. 91, CDC: “A situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91 (v. comentário no 2 ao referido dispositivo). Lá, os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumeradas no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores. Por isso, parece faltar ao Ministério Público legitimação para a liquidação e a execução individual, em que se trata da defesa de direitos individuais disponíveis, exclusivamente (art. 127 da CF). Quanto aos sindicatos, entretanto, o STJ entendeu terem legitimidade para a execução coletiva, como substitutos processuais, independentemente de autorização de seus filiados, observada a necessidade de que a execução coletiva indique, individualmente, o credor substituído e o valor devido.” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.— 2019. n.p.). Pertinentes também as ponderações de Elton Venturi sobre o tema: “(...) especial menção merece a possibilidade de que os entes arrolados pelo art. 82 do CDC proponham liquidação visando à quantificação de danos suportados por pessoas individualmente consideradas. (...) Não obstante possível, a representação das “vítimas e seus sucessores” por algum dos entes do art. 82 do CDC, no âmbito da liquidação deve ser concebida com certa reserva. Em virtude do grande tumulto processual que ocasionaria, descabe a formação de litisconsórcio ativo multitudinário em processos de liquidação movidos pelos entes do art. 82 do CDC. A solução, pois, seria a restrição do número de “representados”, de tal forma a permitir, de um lado, o efetivo conhecimento das específicas situações de cada qual pelo órgão legitimado substituto e a viabilidade do processo liquidatório. Outrossim, descabida revela-se a legitimação do Ministério Público em “representar” vítimas e sucessores busca de reparações individualizadas, não obstante integre o *parquet* o rol do art. 82 do CDC, pois contrapor-se-iam a atividade que estaria desempenhando na defesa de direitos individuais e suas missões constitucionalmente impostas. (VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 131-132).

Tribunal de Justiça, que entende haver absoluta prioridade das vítimas em relação aos representantes coletivos para promover a liquidação da sentença, caracterizando mais um gargalo para o sistema quando considerados princípios da efetividade e da eficiência.³⁹² Em sede doutrinária, porém, já se percebeu, no mínimo, se tratar de uma “legitimação necessária e subsidiária”, que permitiria aos entes coletivos, “em situações especiais, e mesmo antes da fluência do prazo de um ano da condenação genérica, a reparação individualmente devida aos representados”.³⁹³

Por fim, no que diz respeito ao foro para o ajuizamento da liquidação “coletiva”, aplica-se a regra do mesmo juízo da condenação (art. 98, § 2º, II, CDC) ou as demais hipóteses compatíveis com o microssistema estabelecido no CDC, previstas no art. 516, parágrafo único do CPC.³⁹⁴

2.1.3 Da fase de execução

Realizada a liquidação da condenação genérica, na forma individual ou “coletivizada”, tem início a etapa propriamente executiva, que pode ser levada a cabo tanto pelo indivíduo quanto pelo autor coletivo, conforme disposto no art. 98 do CDC. Nesse último caso, as pessoas e entes indicados no art. 82 agem em nome e no

³⁹² Nesse sentido, ver: REsp 869.583/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012.

³⁹³ “(...) Inexiste, propriamente, uma concorrência de legitimação para a liquidação entre aqueles e os entes do art. 82 do CDC, senão uma legitimação necessária e subsidiária destes últimos, que tratarão de apurar, em situações especiais, e mesmo antes da fluência do prazo de um ano da condenação genérica, a reparação individualmente devida aos representados, ou, de outro lado, o montante reparatório global e residual (fluid recovery) no caso de, após transcorrido um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, não ter havido um número de habilitações para a liquidação condizente com a gravidade do dano.” (VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 131-132)

³⁹⁴ Sérgio Shimura afirma que a para a liquidação coletiva, competente seria apenas o mesmo juízo da condenação (SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 123 e 185.) O STJ já se manifestou no sentido de que o juízo competente para a liquidação será o da ação condenatória, confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO COLETIVA DE SENTENÇA. (...) diante da ausência de regra acerca da competência para a liquidação coletiva de sentença nos processos em que sejam tutelados direitos individuais homogêneos, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, segundo o qual competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença. 4. Assim, independentemente da natureza do direito tutelado pelo Ministério Público Federal - se difuso, coletivo ou individual homogêneo - o juízo competente para a liquidação será o da ação condenatória, já que se trata de liquidação coletiva, ou seja, requerida por um dos legitimados de que trata o artigo 82 do CDC. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitado. (CC 113.523/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 04/03/2011). Em nosso entender, não há óbice para que a liquidação e a execução ocorram também no foro do domicílio do executado ou do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução.

interesse das vítimas, como seus representantes, e não como substitutos processuais.³⁹⁵

É necessário registrar que a execução diretamente em benefício dos indivíduos será sempre individual, mesmo no caso de representação por algum dos legitimados coletivos, assim como já se demonstrou neste estudo em relação à liquidação “coletiva”.³⁹⁶

Com efeito, conforme se extrai da redação do art. 98 do CDC, a execução dita coletiva abrangerá as vítimas cujas indenizações pessoais já tiveram sido fixadas no processo de liquidação, individual ou por representação, e far-se-á com base nas certidões dessas sentenças que individualizaram a obrigação. Assim, na execução por representação, “os titulares do direito serão nomeados individualmente e identificadas particularmente as respectivas situações jurídicas”³⁹⁷. Tal categoria não se confunde com a reparação fluida prevista no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, em que há legitimação ordinária e subsidiária dos legitimados do art. 82, para a liquidação e execução do julgado coletivo, transferindo-se à coletividade difusa o produto da reparação civil individual não reclamada. Nesta hipótese, diferentemente, há uma espécie de litisconsórcio ativo facultativo, em que as pretensões reparatórias individuais são ajuizadas conjuntamente e cada uma das vítimas é representada pelo legitimado coletivo.³⁹⁸

Segundo parcela relevante da doutrina, haveria aqui óbice de natureza

³⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.**— 2019. n.p.; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413. Em sentido contrário, Márcio Flávia Mafra Leal afirma que “no caso, a execução coletivizada é feita também em substituição processual, a exemplo do que ocorre na ação de conhecimento e deve abranger as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 287).

³⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.**— 2019. n.p.

³⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 185.

³⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 185; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413-414; Ricardo de Barros Leonel, sobre o tema, adverte o seguinte: “Note-se, entretanto, que na hipótese de ajuizamento de execuções coletivas em benefício dos indivíduos, é recomendável o fracionamento em lotes, a fim de se evitar as dificuldades inerentes aos processos com elevado número de autores. Nada impede, anote-se, que o próprio magistrado determine o fracionamento, por analogia à faculdade conferida ao órgão jurisdicional diante do litisconsórcio multitudinário.”

constitucional à legitimidade ativa do Ministério Público para promover essa execução “coletiva” do art. 98, CDC, diante da natureza individual, patrimonial e disponível dos direitos tutelados.³⁹⁹ O entendimento decorre da interpretação do art. 129, inciso III da Constituição Federal, que ao definir as funções institucionais do Ministério Público, prevê a propositura de “ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, sem fazer qualquer menção aos direitos individuais homogêneos.⁴⁰⁰ Esse foi o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, no REsp 869.583/DF, como se verá mais a frente.

A princípio, tratando-se de tutela ressarcitória em espécie ou pelo equivalente monetário, a execução (individual ou por representação) ocorrerá nos moldes do Capítulo III, do Título II, do Livro I, do Código de Processo Civil, relativo ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, consoante os art. 523 e seguintes. Ou seja, a execução terá início a requerimento da parte exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, seguindo-se os atos de expropriação no caso de inoccorrência de pagamento voluntário (art. 523, § 3º, CPC/2015) e de não atribuição de efeito suspensivo à impugnação, quando cabível.

A partir do texto legal, portanto, o juízo competente para a execução individual é o da liquidação da sentença ou da ação condenatória, e para a execução “coletiva”, somente o da ação condenatória (art. 98, CDC).⁴⁰¹ Nada obstante, mostra-se apropriada, aqui, a mesma interpretação ampla das regras de competência realizada

³⁹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 326; VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 148. Não se duvida da legitimidade do Ministério Público para a liquidação e execução prevista no art. 100, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: (REsp 1187632/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 06/06/2013).

⁴⁰⁰ A partir disso, Luiz Rodrigues Wambier defende que “é inconstitucional a defesa de qualquer interesse individual homogêneo pelo *Parquet*, salvo se se tratar de interesse indisponível, ressalva essa feita pela própria Constituição Federal”, em seu art. 127. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 298).

⁴⁰¹ Para a liquidação e execução individual, o STJ firmou entendimento em repetitivo de que A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário.” (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011). Vale lembrar também que, conforme o entendimento da Corte, “o ajuizamento da execução coletiva não torna prevento o respectivo juízo para fins de execução individual, sob pena de tornar letra morta a garantia à efetivação da tutela dos interesses individuais albergados pela ação coletiva, consubstanciada na possibilidade de ajuizamento da demanda executória individual no foro de domicílio do credor.” (EDcl no AgRg no CC 131.123/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 30/04/2014).

para a hipótese de liquidação.⁴⁰²

2.2 O PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SOBREVIVE À ANÁLISE DE EFETIVIDADE-EFICIÊNCIA?

Como a simples exposição da sistemática desenhada pelo legislador consumerista revela até aqui, o procedimento estabelecido pelo CDC para a execução da chamada sentença condenatória genérica não parece sobreviver a um juízo singelo de efetividade e de eficiência.

Em rigor, a reatomização do conflito na fase executiva revela que, mesmo que bem-intencionados, os dispositivos previstos no CDC acabaram apenas por empurrar para a execução grande parte dos problemas que estão no nascedouro da necessidade de um processo coletivo forte.

Neste subitem serão tratados de forma verticalizada os gargalos do procedimento executivo de direitos individuais homogêneos, preparando o terreno para as possíveis soluções e técnicas que podem reequacionar a questão e efetivamente cumprir as promessas de efetividade e eficiência no processo coletivo.

2.2.1 Inexistência de liquidação e execução coletivas propriamente ditas: o problemático individualismo que domina a fase de efetivação da decisão

Como se viu, o regramento disposto no Código de Defesa do Consumidor para a chamada ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos pressupõe que, uma vez superada a questão homogênea e consideradas as situações concretas dos indivíduos possivelmente lesados, não mais se justificaria o trato processual coletivo do litígio. Isso porque, na fase de liquidação e execução, a princípio, prevaleceriam os aspectos desuniformes e heterogêneos do conflito, exigindo um tratamento individualizado das pretensões dos prejudicados.⁴⁰³

Mas submeter a tutela de direitos individuais homogêneos a esse

⁴⁰² Nesse sentido, ver: ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 128-129.

⁴⁰³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 412; DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.254-1.255.

procedimento bifásico, em que parte do tratamento dessas pretensões ocorre necessariamente de forma individual, ainda que a justificativa da prevalência das questões individuais pareça, em princípio, razoável, representa um grave descompromisso com os propósitos que em primeiro lugar fundamentaram o uso da técnica coletiva, resultando em grandes perdas em termos de eficiência e, principalmente, de efetividade.⁴⁰⁴ Afinal, muito embora as questões comuns tenham sido resolvidas por meio de uma técnica de julgamento coletiva, afastando diversas das preocupações relacionadas ao tratamento pulverizado e desordenado de questões de massa⁴⁰⁵, o endereçamento individualizado de pretensões liquidatórias e executivas similares, inseridas no contexto de um mesmo litígio global e complexo, gera diversas consequências indesejáveis quando considerados os princípios que norteiam o microsistema de tutela coletiva.

Com efeito, para além do problema da necessidade de propositura de verdadeiras ações de conhecimento pelos indivíduos e do risco à promessa de acesso à justiça, questão a ser abordada em tópico específico mais adiante, podemos desde já citar algumas dificuldades que despontam do tratamento atomizado das liquidações e execuções da sentença condenatória genérica.

De início, destaca-se o retorno à situação de desequilíbrio na relação processual, composta, de um lado, por um litigante geralmente habitual e, de outro, por um litigante eventual. O litigante habitual, na descrição de Marc Galanter, é um tipo ideal de usuário do serviço de justiça, normalmente uma entidade corporativa (mas que também pode ser estatal, como comumente ocorre no Brasil) que, em razão de sua participação ativa e contínua em litígios complexos de massa, desfruta de vantagens relevantes no uso do processo.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 251.

⁴⁰⁵ O conceito de pulverização do tratamento de pretensões de massa é utilizado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, Os autores estabelecem uma relação de referibilidade entre “pulverização” e “aglutinação”, tratando-se das faces opostas de uma mesma moeda. Segundo os Professores, os problemas das demandas de massa não são combatidos através do procedimento bifásico, mas apenas postergados da fase de conhecimento para os momentos de liquidação e de execução, expressando uma efetividade bastante limitada. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 41-64, ago. 2013.)

⁴⁰⁶ GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974, pp. 98; GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015, pp. 43.

No caso da liquidação individualizada, o litigante habitual, normalmente o réu coletivo na fase de conhecimento, além de contar com um aparelhamento de serviços jurídicos especializados e com a *expertise* para lidar com as mais diversas contingências legais anteriores ao próprio litígio, enfrenta normalmente um litigante eventual, um indivíduo que desconhece as regras do jogo e que, muito provavelmente, nunca antes acessou o sistema de justiça.⁴⁰⁷

A assimetria mostra-se presente, por exemplo, quando notamos que à parte autora é atribuída maior parte do ônus da prova na fase de liquidação, cabendo-lhe demonstrar o dano individual e o seu nexo de causalidade em relação ao ilícito reconhecido na sentença, bem como a extensão do prejuízo pessoalmente sofrido. Essa configuração onera consideravelmente a parte lesada, que, sem ter participado efetivamente da primeira fase do litígio coletivo – e em alguns casos desprovida de recursos financeiros e de assistência jurídica especializada –, precisa reunir esforços para obter acesso a informações, documentos e outros meios de prova, que demonstrem o dano e a sua conexão com a responsabilidade declarada na sentença genérica. A situação se agrava ainda mais quando são consideradas categorias hipossuficientes, como se pôde verificar no caso dos trabalhadores informais (e.g. carroceiros, lavadeiras de beira de rio, pescadores de subsistência, etc.) prejudicados pelo rompimento da Barragem do Fundão, de propriedade da Samarco (Vale e BHP Billiton), em Mariana (MG).⁴⁰⁸ Embora seja possível o recurso à Defensoria Pública e à assistência judiciária gratuita no processo, o benefício não abrange o investimento a ser realizado na preparação da demanda de liquidação, o que incentiva a sua não propositura. Ademais, a inversão do ônus probatório prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor e no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil não seria suficiente para resolver essa situação de desequilíbrio. Afinal, é entendimento convencional o de que cabe ao demandante demonstrar minimamente os fatos constitutivos do seu direito, tais como a ocorrência do dano e a sua extensão, não sendo razoável exigir da parte contrária a prova diabólica e negativa de inexistência

⁴⁰⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, pp. 174.

⁴⁰⁸ No caso, os trabalhadores informais tinham dificuldades de produzir provas sobre lucros cessantes decorrentes do rompimento da barragem, o que foi reconhecido pela sentença que determinou as indenizações simplificadas.

de fato.⁴⁰⁹

O litigante habitual, por outro lado, além de poder empregar seus recursos financeiros e humanos em escala, se beneficia da possibilidade de “testar” perante o Poder Judiciário as teses de defesa (v.g. culpa exclusiva ou concorrente da vítima)⁴¹⁰ a serem utilizadas contra os argumentos dos demandantes nas liquidações individuais, que, em razão da similitude dos conflitos, costumam se repetir. Permite-se, assim, que o réu coletivo opte pelos argumentos que apresentem maior aceitação em juízo, aumentando suas chances de êxito e de extinção das execuções individualizadas. A capacidade de visualizar o litígio de uma perspectiva global também permite que o réu atue de forma organizada, planejada e estratégica, além de favorecer o seu poder de barganha em face do litigante eventual.⁴¹¹

Se a situação na liquidação já revela grande assimetria, quando se atinge a fase propriamente executiva o cenário não é muito diferente. Na prática, o litigante eventual dificilmente disporá de meios para localizar os bens do executado e a satisfação de seu direito poderá ficar sujeita a uma disputa por patrimônio entre eventuais credores do litigante habitual, relacionados ou não com o litígio de massa considerado.

Outros diversos problemas podem ser lembrados, mas dois têm especial relevância para o presente estudo. Em primeiro lugar, o tratamento atomizado de cada uma das pretensões a partir da fase de liquidação pode ensejar decisões absolutamente contraditórias sobre uma mesma situação fática ou relevante disparidade no valor das indenizações atribuídas a cada uma das vítimas, já que cada juízo poderá estabelecer seus próprios parâmetros para a quantificação dos danos.⁴¹²

⁴⁰⁹ "A jurisprudência desta Corte Superior se posiciona no sentido de que a inversão do ônus da prova não dispensa a comprovação mínima, pela parte autora, dos fatos constitutivos do seu direito" (AgInt no REsp 1.717.781/RO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 15/06/2018). Expressamente, em caso de relação de consumo: (AgInt no AREsp 862.624/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 01/07/2020). No mesmo sentido, a doutrina: "O consumidor provará o dano sofrido, e o nexo causal entre o dano e o produto ou serviço." (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016).

⁴¹⁰ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 128.

⁴¹¹ GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019, pp. 174.

⁴¹² Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues analisa diferentes indenizações concedidas por diferentes juízos no caso do desastre de Mariana, em Minas Gerais, evidenciando diversas incoerências entre os valores fixados. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 219.

Assim, há um grande risco de incoerência entre as decisões de liquidação e, consequentemente, de quebra da isonomia em relação aos direitos de pessoas que se encontram em situações jurídicas análogas, o que resulta, em última análise, em descrédito para o Poder Judiciário. É evidente que, em alguns casos, haverá particularidades entre as situações de cada indivíduo, mas essa não é a normalidade no caso dos danos em massa. Geralmente, as vítimas ao menos se encaixam em categorias ou níveis de danos, mais ou menos graves, o que exige que as indenizações fixadas sejam minimamente coerentes e proporcionais, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal).⁴¹³ Não há como falar em processo efetivo, ou mesmo em realização da justiça, sem que se considere a necessidade de prestação da tutela jurisdicional de forma isonômica e o compromisso com a unidade na aplicação do Direito pelo processo.⁴¹⁴

Em segundo lugar, a pulverização das liquidações e execuções individuais ainda torna o procedimento previsto pelo Código de Defesa do Consumidor extremamente ineficiente no aspecto panprocessual, quando considerada a totalidade de casos submetidos ao Poder Judiciário. Com efeito, o trâmite individualizado das chamadas “habilitações” faz com que o problema do abarrotamento e do acúmulo de demandas relativas a litígios de massa não seja combatido, “mas apenas postergado

⁴¹³ A crítica é compartilhada pela maioria da doutrina especializada no tema: CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 291; LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 282; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 126-127, 219; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 252.

⁴¹⁴ Vinculando os conceitos de justiça e de igualdade, no direito brasileiro, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “É, aliás, curioso que a doutrina se preocupe com a estruturação do processo a partir da igualdade, mas não mostre idêntica preocupação no que tange à igualdade pelo processo. O processo justo visa à decisão justa. E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do direito pelo processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente à igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo. Daí a igualdade pelo processo – que é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo – determinar a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios (essa é a razão pela qual o CPC de 2015 prevê os arts. 926 e 927), com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional processual (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada. Só há sentido em nos preocuparmos com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva jur, 2019, p. 1078-1079).

para os momentos de liquidação e execução”, frustrando o ideal de eficiência que a medida coletiva buscava realizar.⁴¹⁵ A situação é agravada quando o litígio envolve um número expressivo de pessoas, espalhadas pelo território nacional, hipótese em que as demandas individuais de massa, embora limitadas à identificação da parte lesada e da verificação dos danos sofridos, consomem os recursos humanos e financeiros de diversos órgãos do Poder Judiciário, nas mais diferentes localidades, em prejuízo dos demais casos submetidos à sua jurisdição.⁴¹⁶

Como registrado anteriormente, apesar de não adotarmos o conceito econômico de eficiência (de maximização de riquezas ou de bem-estar social), o cálculo fornecido pelo *approach* normativo da Análise Econômica do Direito pode ser instrumento útil para a aferição da eficiência em diversas situações. Já se afirmou que, do ponto de vista da tutela reparatória, o processo mais eficiente é aquele que atinge decisões justas e efetivas, com o menor custo possível. A análise de cada pedido de liquidação individualmente tem um custo direto extremamente alto, na medida em que o Poder Judiciário deverá suportar os gastos relativos ao processamento de todas essas demandas. Por outro lado, em razão da assimetria entre o litigante habitual e o litigante eventual, além do fato de que boa parte dos atingidos não será capaz de apresentar seu pedido devido a fatores práticos ou econômicos analisados adiante de forma mais específica, o custo de erros (imprecisão e inefetividade) também acaba sendo muito alto, o que torna o procedimento naturalmente ineficiente.⁴¹⁷

Outrossim, o modelo de ação coletiva também se mostra ineficiente do ponto de vista macroprocessual, quando considerado o litígio em sua total complexidade e extensão. Tendo em conta a similitude das situações fáticas e das pretensões de cada uma das vítimas, há grande chance de repetição de atos judiciais e de questões a

⁴¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 251.

⁴¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, P. 322; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 126-127.

⁴¹⁷ Análise semelhante já foi feita pela Professora Anna Durand, em artigo publicado na *Stanford Law Review*, no ano de 1981. Segundo a autora, “individualized claims have extremely high error costs, as well as exorbitant operating costs. Error costs are high because consumers will be unable, due to either practical or economic factors, to bring suit. Operating costs will be high because the court must institute measures to allow each plaintiff to present a case.”. (DURAND, Anna L. An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**, p. 173-201, 1981, pp. 175). Como consequência, a doutrina tem reconhecido que “o principal objetivo na distribuição das indenizações monetárias é minimizar o custo das reivindicações individuais dos membros da classe”. (MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004, p. 424).

serem decididas ao longo da fase de liquidação e, principalmente, na fase de execução, em que a atividade judicial se concentra na desapropriação dos bens do patrimônio do devedor comum a todas as demandas. Além disso, a falta de visão global do litígio, pelo juízo de cada uma das liquidações e execuções, dificulta a utilização de medidas eficientes de gestão de casos.

É claro que existem vantagens para o tratamento individualizado das pretensões, como evitar a sobrecarga do órgão judicial prolator da sentença coletiva ou mesmo permitir que cada vítima demande no juízo de seu domicílio, o que contribui para concretizar um processo civil justo. No entanto, diversos problemas relacionados ao trato individualizado dos conflitos, do ponto de vista da eficiência e da efetividade da tutela, superam tais vantagens, sendo facilmente mitigáveis as eventuais externalidades relacionadas ao tratamento unificado e concentrado do caso complexo mediante medidas de gestão de processos e até mesmo de instrumentos de julgamento simplificado.

2.2.2 Sentença condenatória genérica e não sincrética: a tutela condicionada à instauração de um novo processo. Aportes de *positive economics*

Destacamos anteriormente que a Lei 11.232 de 2005 completou o movimento de reformas ao Código de Processo Civil de 1973, estendendo a lógica sincrética também para as condenações relativas à obrigação de pagar quantia certa, de modo que a realização do direito “passou a ocorrer na própria relação jurídica processual em que se proferiu a sentença condenatória, como um complemento da condenação, ou como um efeito imediato dela”.⁴¹⁸

Ressaltamos, também, que a interpretação adequada do art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, pode viabilizar a utilização de medidas diversas da execução por sub-rogação para o cumprimento desse tipo de obrigação, além de ser capaz de dispensar o requerimento específico do credor para que tenham início os atos executórios.

De outro lado, ressaltamos a existência de casos no ordenamento jurídico em que subsiste a separação estanque entre a atividade de conhecimento e a de execução, onde, a princípio, os mencionados avanços legislativos não encontrariam

⁴¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26 ed. São Paulo: Editora Leud, 2009. p. 59.

aplicação. Nessas situações, impor-se-ia, para a realização efetiva e prática do direito reconhecido em sentença, a propositura da chamada “ação de execução”. Não há dúvidas de que a sentença condenatória genérica do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor constitui uma dessas hipóteses, ao menos em princípio. Na realidade, mais do que uma ação de execução, é necessária a propositura de uma demanda liquidatória, com a citação do réu⁴¹⁹ e a instauração de um novo processo de conhecimento, onde terá lugar a parte restante da cognição relativa ao litígio coletivo. Há, aqui, verdadeira exceção a todo o movimento de busca por efetividade no cumprimento das sentenças que teve lugar ainda durante a vigência do Código de 1973.

Essa condicionante faz ressurgir um dos principais problemas que se pretendia combater com o uso do processo coletivo para o tratamento de direitos individuais, relacionado ao acesso à justiça. A técnica da ação coletiva visava, dentre outras finalidades, dispensar o comparecimento pessoal em juízo de todos os indivíduos atingidos, contornando a sua inércia, geralmente pautada na crença generalizada de que a Justiça é lenta, complicada e, principalmente, muito cara.⁴²⁰

Ou seja, a partir da análise comportamental *top-down* do acesso à justiça, buscava-se, com o tratamento coletivo, resolver o problema do desinteresse e da passividade das vítimas atingidas diante do custoso sistema de justiça. Com o tratamento necessariamente individualizado das pretensões a partir da etapa de liquidação, o benefício é perdido e o resultado é um índice muito baixo de liquidações individuais, em razão de uma suposta obrigatoriedade da técnica, inadequada, prevista pelo legislador.

Analisemos mais a fundo a questão do custo-benefício, como fator de estímulo ou desestímulo para o lesado individual buscar a liquidação da sentença condenatória genérica. Para tanto, utilizaremos novamente um expediente próprio da Análise Econômica do Direito, mais especificamente do ramo da análise positiva, que, de forma descritiva, busca prever o comportamento de determinado indivíduo no que

⁴¹⁹ Sobre a necessidade de citação, a jurisprudência do STJ: “(...) A execução individual de sentença coletiva não pode ser considerada mera fase do processo anterior, porquanto uma nova relação jurídica processual se estabelece, a exemplo do que ocorre com a execução de sentenças estrangeiras, arbitrais ou penais. Assim, é necessária a citação do executado, nos termos do art. 475-N, aplicável à espécie por extensão. (...)” (STJ, REsp 1091044 /PR, 3a. T., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 17/11/2011, DJe 24/11/2011).

⁴²⁰ WATANABE, Kazuo. Filosofia e Características Básicas do Juizado de Pequenas Causas ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 2.

diz respeito à opção por litigar ou permanecer inerte (*decision to sue*), tendo como pressuposto a chamada Teoria da Escolha Racional.⁴²¹

O modelo de escolha racional assume que todo indivíduo tem preferências logicamente ordenadas sobre determinados resultados e que, justamente por isso, cada um deles se comportará de forma a atender o seu conjunto de interesses, escolhendo a opção que maximize a “utilidade esperada” ou, simplesmente, o “valor monetário esperado”.⁴²² A utilidade esperada, por sua vez, traduz-se no benefício que se pode obter com determinado resultado multiplicado pela probabilidade de o resultado se materializar.⁴²³

No contexto da opção por demandar, o agente racional, ou seja, aquele cujas escolhas refletem a consistência interna exigida pelos axiomas da escolha racional, deverá considerar a utilidade ou o valor esperado da demanda (VE), que corresponde ao possível ganho (g) multiplicado pela probabilidade de vitória (p), deduzidos os custos do litígio (c).⁴²⁴ A probabilidade representa uma estimativa feita pelo próprio advogado do interessado, calculada com base em diversos fatores, tais como a sua experiência profissional, a disponibilidade de provas e a existência ou não de precedentes favoráveis em casos similares.⁴²⁵ De outro lado, os custos do litígio englobam a totalidade de despesas relacionadas à demanda, como por exemplo a contratação do advogado, as custas iniciais e os gastos com obtenção de provas.⁴²⁶

A princípio, o indivíduo irá demandar caso o valor esperado do litígio ($VE = p \times g - c$) seja maior do que zero ($p \times g - c > 0$), hipótese em que a demanda será de valor esperado positivo (PEV), em oposição à demanda de valor esperado negativo (NEV), em que os custos superam a projeção de ganho ($p \times g < c$). Resumidamente, segundo este método de previsão, o sujeito irá demandar caso espere ganhar com o

⁴²¹ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 4-5.

⁴²² BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 4-5. Na doutrina brasileira, ver: FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9-11.

⁴²³ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 21.

⁴²⁴ POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 430;

⁴²⁵ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 35; POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 430;

⁴²⁶ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 33.

processo mais do que pretende gastar ($p \times g > c$).⁴²⁷

Esse instrumento de análise, naturalmente, não é perfeito. Diversos estudos, a maioria deles vinculada à corrente da “economia comportamental”, que incorpora à economia descobertas empíricas no campo da psicologia e da neurociência, sugerem que os indivíduos nem sempre se comportam como os modelos de escolha racional preveem.⁴²⁸ Há também a possibilidade de o indivíduo concreto ser um sujeito avesso aos riscos ou um “caçador de riscos”, e não neutro, como se costuma presumir na Teoria da Escolha Racional.⁴²⁹ Nada obstante, de um modo geral, o método simplifica a análise do problema das escolhas e gera previsões que são aproximadamente

⁴²⁷ BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 33-34; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School. **Handbook of Public Economics**, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. Elsevier Science B. V, 2002, p. 1722. Louis Kaplow e Steven Shavell descrevem as particularidades do incentivo privado a demander, em comparação com o interesse social: “Specifically, when a plaintiff contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant's costs or the state's costs that his suit will engender (...) Namely, the plaintiff does not recognize as a benefit to himself the social benefit of suit, its deterrent effect on the behavior of injurers. But the plaintiff does consider his private benefit, the gain he would obtain from prevailing.”(p. 1723). Nesse sentido, ver também: MICELI, Thomas J. **The social versus private incentive to sue** Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

⁴²⁸ Nesse sentido, ver: (JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, p. 1471-1550, 1998). Vale destacar a conclusão dos autores: “Traditional law and economics is largely based on the standard assumptions of neoclassical economics. These assumptions are sometimes useful but often false. People display bounded rationality: They suffer from certain biases, such as overoptimism and self-serving conceptions of fairness; they follow heuristics, such as availability, that lead to mistakes; and they behave in accordance with prospect theory rather than expected utility theory. People also have bounded willpower; they can be tempted and are sometimes myopic. They take steps to overcome these limitations. Finally, people are (fortunately!) boundedly self-interested. They are concerned about the wellbeing of others, even strangers in some circumstances, and this concern and their self-conception can lead them in the direction of cooperation at the expense of their material self-interest (and sometimes spite, also at the expense of their material self-interest). Most of these bounds can be and have been made part of formal models.” (p. 1545). Dentre os desvios, podemos citar, primeiro, aqueles relacionados à teoria da *bounded rationality*. Essa teoria, inicialmente introduzida por Herbert Simon, busca substituir os pressupostos de racionalidade perfeita do *homo economicus* por uma concepção de racionalidade adequada para agentes cognitivamente limitados, demonstrando como as “pessoas reais” diferem do modelo de indivíduo racional econômico. (SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The quarterly journal of economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955). São exemplos o *overconfidence bias*, pelo qual os indivíduos superestimam a probabilidade de que coisas boas aconteçam, ou do *self-serving bias*, pelo qual as pessoas costumam interpretar informações de modo a confirmar as suas concepções. Podemos citar, em um segundo grupo, desvios como o *loss aversion*, segundo o qual as pessoas valorizam as perdas mais do que os ganhos de valor equivalente, ou o *framing effect*, que revela a influência das conotações positivas ou negativas no processo de escolha. (BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 101-112).

⁴²⁹ Segundo Robert G. Bone: “a risk-neutral party gets no special pleasure from the thrill of taking a risk and suffers no special anxiety. He gambles strictly for the monetary payoff. By contrast, a risk-seeking party enjoys taking risks partly for the thrill of the gamble itself, and a risk-averse party gets anxious when he faces a risky choice.” (BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003, p. 21).

corretas, razão pela qual tem sido largamente utilizado.

A ferramenta pode ser empregada para a análise do problema aqui posto, realizadas algumas adaptações. Primeiro, é necessário ter em mente que, na situação considerada, já existe uma sentença condenatória genérica de procedência, o que, de certo modo, reduz parte dos custos do litígio e pode influenciar positivamente no cálculo da probabilidade de ganho. Em segundo lugar, destacamos que a norma brasileira relativa à sucumbência difere da norte-americana, pela qual, via de regra, cada parte é responsável pelos seus próprios custos processuais. Ademais, cumpre lembrar que não se aplica à liquidação e à execução individual de sentença coletiva a isenção de custas prevista nos arts. 18 da LACP e 87 do CDC⁴³⁰. Tudo isto considerado, realizemos as seguintes adaptações à fórmula original do VE (valor esperado):

Fórmula original: $p \times g - c$

Fórmula adaptada: $[(p^e \times g) - c^e] - [(p^p \times c^s) + c^e]$

Em que: p^e = probabilidade de êxito; g = ganho esperado; c^e = custas extrajudiciais; p^p = probabilidade de perda; c^s = custas de sucumbência (custas processuais e honorários de sucumbência).

Apliquemos a fórmula a um caso hipotético (caso 1), em que a sentença condenatória genérica reconheceu a responsabilidade de determinada fábrica por danos ambientais, em razão do despejo de substâncias poluentes em um rio, prejudicando a atividade de pesca da família X durante dois meses, o que resultou em um prejuízo material (lucros cessantes) calculado em R\$ 3.000,00. Consideremos que o advogado a ser contratado pela família X cobraria R\$ 700,00 pelo serviço e que seriam gastos mais R\$ 300,00 para a obtenção de provas documentais e testemunhais relativas à condição de pescadores dos membros da família, totalizando R\$ 1.000,00. Consideremos, ainda, que as custas iniciais sejam de R\$ 325,00⁴³¹ e

⁴³⁰ Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.152.512/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 20/03/2018.

⁴³¹ Para fins exemplificativos, serão utilizados os valores das custas judiciais do Estado do Paraná para 2020, disponíveis em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=230435&indice=1&totalRegistros=3&dt=7.0.2020.16.53.5.263>

que os honorários de sucumbência podem ser fixados em até 20% do valor da causa no caso de improcedência (R\$ 600,00), totalizando R\$ 925,00. A probabilidade de êxito calculada pelo advogado foi de 50%. Assim:

$$VE: [(0,5 \times 3.000) - 1.000] - [(0,5 \times 925) + 1.000]$$

$$VE: 500 - 1.462,50 = - 962,50$$

O valor esperado, no caso, foi negativo, indicando que um indivíduo racional, neutro ao risco, não formularia a demanda. Aumentemos a probabilidade de ganho para 70%, considerando que parte do litígio já foi resolvido de forma procedente na ação coletiva. Ainda assim, o valor esperado da demanda seria negativo (caso 2). Vejamos:

$$VE: [(0,7 \times 3.000) - 1.000] - [(0,3 \times 925) + 1.000]$$

$$VE: 1.100 - 1.277,50 = - 177,50$$

Aumentemos agora o valor do dano alegado para R\$ 5.000,00 e, conseqüentemente, as custas iniciais para R\$ 368,00. O custo total de sucumbência subiria para R\$ 1.368,00. Nesse caso, o valor esperado seria positivo, mas ainda assim bastante reduzido (caso 3):

$$VE: [(0,7 \times 5.000) - 1.000] - [(0,3 \times 1.368) + 1.000]$$

$$VE: 2.500 - 1.410 = 1.089,60$$

Assim, considerando um indivíduo que dispõe de recursos financeiros para custear as despesas relacionadas ao litígio, o valor esperado na demanda de liquidação costuma ser negativo ou, quando positivo, irrisório, de modo que a sua propositura não compensa. Note-se, ainda, que a fórmula utilizada não compreende os custos relativos ao tempo e esforço gastos pela parte demandante, bens de difícil valoração, mas que certamente influenciam na opção por demandar ou não demandar.⁴³² Tanto é assim que Richard Posner já afirmou que nem a adoção da regra inglesa de reembolso integral das despesas pela parte sucumbente resolveria o

⁴³² CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

problema da falta de incentivo para demandar, considerando que não há reembolso pelo tempo de vida utilizado pela parte. Por essa razão, segundo o autor, o fator tempo poderia interferir negativamente na decisão por litigar, mesmo nos casos em que a demanda apresentasse um valor monetário esperado positivo.⁴³³

Para o caso de litigantes economicamente hipossuficientes, de fato, existem na legislação atual incentivos para a propositura de demandas, também aplicáveis às demandas de liquidação individual da sentença coletiva. Podemos citar, dentre eles, a assistência judiciária gratuita, cujo efeito é a suspensão da exigibilidade das custas pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos⁴³⁴, e a representação pela Defensoria Pública, garantida pelo art. 134 da Constituição Federal.

No entanto, é necessário esclarecer que o benefício da gratuidade da justiça somente atinge as pessoas que se declararem desprovidas de recursos financeiros e não contempla os gastos extrajudiciais relacionados ao litígio, tais como a obtenção de provas e os serviços de representação contratados. No que diz respeito às Defensorias Públicas, recorde-se que, mesmo nos dias atuais, tais instituições não estão aparelhadas de forma equilibrada em todo o território nacional.⁴³⁵ O IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, elaborado pelo Ministério de Justiça e divulgado em dezembro de 2015, revelou que apenas quatro estados têm Defensorias em todas as suas comarcas.⁴³⁶ No mesmo sentido, em pesquisa publicada pelo *site* Migalhas, verificou-se que, em 2019, havia um Defensor Público no Estado do Paraná para cada 100 mil pessoas.⁴³⁷ Além disso, também nesses casos, o esforço e o tempo perdido são fatores desestimulantes da propositura da demanda.

Logo, conclui-se que, na generalidade dos casos, não há incentivos

⁴³³ POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 488.

⁴³⁴ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (...) § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

⁴³⁵ A advocacia dativa não resolve o problema, na medida em que, de regra, não serve para concretizar o direito fundamental de ação, mas sim o direito de defesa do réu hipossuficiente. Nesse sentido, o art. 5º da Lei Estadual do Paraná nº 18.664 de 2015 dispõe que “o advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – OAB-PR, nomeado judicialmente para defender réu pobre em processo de natureza civil ou criminal, ou atuar como curador especial, após o trânsito em julgado da decisão, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma disposta nesta Lei.”

⁴³⁶ <https://www.conjur.com.br/dl/iv-diagnostico-defensoria-publica-brasil.pdf>

⁴³⁷ <https://migalhas.uol.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil>

suficientes, econômicos ou não econômicos, para que as ações individuais de liquidação da sentença coletiva sejam propostas pelos indivíduos lesados, ressalvados os poucos casos em que o ganho esperado é consideravelmente alto e/ou quando o juízo de probabilidade realizado pelo advogado é bastante otimista.

No caso das chamadas ações de bagatela, os incentivos para a propositura das liquidações são praticamente inexistentes, de modo que a sentença condenatória genérica fica inevitavelmente sujeita à falha, com posterior execução direcionada para o fundo criado pela Lei nº 7.347/1985, conforme previsão do art. 100 do CDC, o que demonstra a absoluta fragilidade desse sistema em termos de acesso à justiça e de efetividade da tutela reparatória.⁴³⁸ Utilizando as mesmas variantes do caso 2, consideremos uma hipótese de descontos indevidos promovidos por uma instituição financeira, em que o dano individual relativo a 12 meses seja estimado em apenas R\$ 200,00. Utilizemos, também, a fórmula simples, que desconsidera o risco de pagamento custas relacionadas à sucumbência em caso de improcedência. O valor esperado da demanda de ressarcimento, ainda assim, seria negativo, inviabilizando a propositura da demanda por um indivíduo racional e neutro ao risco:

$$VE: p \times g - c$$

$$VE: 0,7 \times 200 - 1.000 = - 860.$$

De todo o exposto, observa-se que o modelo de proteção de direitos individuais homogêneos, concebido no início da década de 1990 pelo CDC, não está alinhado à lógica atual do processo sincrético, da facilitação do acesso à justiça e do processo efetivo, isto é, aquele apto a realizar a tutela prometida de forma adequada e razoável. Na realidade, como afirmam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, tal “proteção” fica limitada a uma sentença condenatória que, materialmente, tem pouquíssima utilidade para os indivíduos lesados.⁴³⁹

Complementando a análise normativa realizada no item anterior com os aportes de análise econômica positiva feitos neste item, em especial diante de custos diretos altos e da falta de incentivos para demandar, o que se conclui sobre a fórmula

⁴³⁸ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 28.

⁴³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 326.

de execução de sentenças coletivas prevista no CDC é a sua total ineficiência e falta de efetividade.

2.2.3 Déficit informacional e publicização da sentença condenatória

Outra dificuldade presente na conformação atual das ações coletivas para a proteção de interesses individuais homogêneos diz respeito à ausência de regramento específico sobre a publicidade da sentença condenatória genérica.

Com efeito, a efetividade dessa técnica depende necessariamente da divulgação de existência da sentença coletiva e de seu conteúdo a todos aqueles potencialmente atingidos pelo fato que ensejou a imputação de responsabilidade ao demandado, na medida em que a as habilitações individuais somente poderão ser propostas caso a coletividade afetada tenha conhecimento acerca do título.⁴⁴⁰

A única previsão relativa à publicidade desse processo se encontra no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, e diz respeito à propositura da ação coletiva em si. Segundo o texto legal, uma vez proposta a ação, “será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. Como se nota, a regra serve apenas para permitir a participação dos indivíduos atingidos como litisconsortes, para efeito da previsão do art. 103, § 2º do mesmo Código, relativa à coisa julgada.

Ao nosso ver, em termos de efetividade, é muito mais importante dar ampla ciência sobre o resultado da ação coletiva, viabilizando a propositura das liquidações individuais, do que divulgar o seu ajuizamento⁴⁴¹, sobretudo se considerarmos que o nosso sistema não adotou o modelo *opt-out* semelhante ao estadounidense⁴⁴² e que

⁴⁴⁰ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 135; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 89-92.

⁴⁴¹ No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, pp. 146; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 92; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga**.— 2019. n.p.

⁴⁴² No direito estadounidense, a Rule 23 (b) (3) exige que os membros da classe sejam notificados sobre a pendência de uma ação coletiva, para que possam optar por não participar e preservar seu direito de litigar individualmente (*opt-out*), considerando que a coisa julgada funciona *pro et contra*.

a coisa julgada, em regra, serve apenas para beneficiar os indivíduos, independente de sua participação direta (inciso III, do art. 103, CDC). Essa mesma preocupação se encontrava estampada no art. 96 do diploma consumerista em sua redação final no Parlamento, que estabelecia a publicação de edital após o trânsito em julgado da sentença coletiva, mas que acabou vetado pela Presidência em razão de uma remissão incorreta ao art. 93 do CDC, quando o correto seria o art. 94.⁴⁴³

O veto, no entanto, não afasta a necessidade de publicização da sentença condenatória genérica, segundo o entendimento da doutrina.⁴⁴⁴ Primeiro, porque não há dúvidas de que a intenção do legislador era, deveras, conferir publicidade ao decreto condenatório, já que a rejeição do dispositivo decorreu de um simples erro material.⁴⁴⁵ Segundo, porque a medida decorre diretamente do princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, inciso LX e art. 93, inciso IX) e da previsão do art. 8º do Código de Processo Civil, bem como da interpretação analógica do próprio art. 94, do CDC.⁴⁴⁶ Terceiro, porque na linha do que já vem sendo

Segundo a regra: “the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort” e “The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (...) that the court will exclude from the class any class member who requests exclusion, stating the time and manner for requesting exclusion”. A doutrina ainda esclarece que a notificação também pode servir para alertar os membros da classe que desejam permanecer acerca do andamento do litígio, para que eles possam monitorar o comportamento do advogado e do representante da classe, já que se trata de uma ação sem participação direta, mas somente por representação. (HENSLEY, Deborah R. et al. **Class action dilemmas: Pursuing public goals for private gain**. Rand Corporation, 2000, p. 448); (KLONOFF, Robert. **Class actions and other multi-party litigation in a nutshell**. West Academic, 2012, p. 193). Mesmo nesse sistema, Rachel Mulheron destaca que “a notificação pós-julgamento, para requisitar a participação individual, se necessária, é, sem dúvida, o aviso mais importante que deve ser levado ao conhecimento dos membros da classe, razão pela qual deve ser inclusive pessoal e individual. (...) quando a participação ativa de membros individuais da classe é necessária, seja para a reclamação de danos após o julgamento de uma questão comum ou para participar de um fundo de liquidação, o aviso assume uma importância muito maior do que a notificação de opt-out do estágio inicial” (MULHERON, Rachael. **The class action in law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004, p. 350).

⁴⁴³ Na redação original do art. 96: “Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93.”

⁴⁴⁴ Por todos: VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 135.

⁴⁴⁵ Segundo Ada Pellegrini Grinover: “A razão do veto foi a remissão errônea do dispositivo, no texto enviado à sanção, ao art. 93, quando a referência correta seria ao art. 94.” (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019. n.p.)

⁴⁴⁶ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 93-94; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 179; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019. n.p.

dito, informar os indivíduos acerca da sentença que lhes é favorável é providência indispensável para a efetividade da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Com efeito, a ausência de comunicação do resultado da demanda torna completamente inútil a técnica bifásica da ação coletiva, ao menos do ponto de vista da tutela reparatória, já que muito provavelmente não haverá habilitações e o produto da indenização reverterá, quando muito, exclusivamente para o fundo criado pela Lei nº 7.347/1985.

Na realidade, opinião em sentido contrário representaria afronta direta à garantia constitucional do acesso à justiça.⁴⁴⁷ Como afirma Kazuo Watanabe, o conhecimento do direito é, intuitivamente, um antecedente necessário da problemática do acesso à Justiça. Na realidade, a própria contenção da litigiosidade, geralmente motivada por razões econômicas, pressupõe o conhecimento do direito lesado.⁴⁴⁸ O não exercício de determinada pretensão em razão de seu pleno desconhecimento é uma situação descrita por Leslie Shérída Ferraz como de “litigiosidade latente”.⁴⁴⁹ A interpretação pela desnecessidade de divulgação da sentença condenatória genérica sobre direitos individuais homogêneos ensejaria justamente este fenômeno, na medida em que os potenciais beneficiários do título coletivo sequer teriam conhecimento de sua existência, inviabilizando o exercício de suas pretensões, ao menos no contexto do processo coletivo.

Portanto, a despeito da ausência de previsão legal, em nosso entender, é medida necessária para a efetividade da tutela coletiva a publicação da sentença condenatória genérica, viabilizando a habilitação das vítimas conforme o procedimento previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, em 2015, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.388.000/PR, representativo de controvérsia (Tema 877), sedimentou o entendimento de que o prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, reputando-se desnecessárias providências análogas àquela prevista no art. 94 da Lei 8.078/1990.⁴⁵⁰ O precedente, além de

⁴⁴⁷ Nesse sentido, já notou, há muito tempo, José Marcelo Menezes Vigliar: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60.

⁴⁴⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 28.

⁴⁴⁹ FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil editora FGV, 2010, p. 87.

⁴⁵⁰ No mesmo sentido: (AgInt nos EDcl no REsp 1779866/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 14/05/2020); (AgInt nos EDcl no AREsp 1265395/SP,

reputar absolutamente dispensável a publicização da sentença condenatória genérica, acaba criando verdadeiro contrassenso ao admitir que o prazo prescricional individual tenha início independentemente do adequado conhecimento da existência do título pelos seus beneficiários.

Nada obstante, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vem destacando a importância da ampla divulgação da sentença condenatória em diversas oportunidades, como forma de “assegurar o resultado prático do julgado e alcançar o maior número de beneficiários”.⁴⁵¹ Os julgados não tratam especificamente acerca da prescrição e nem representam, necessariamente, uma sinalização de superação do precedente firmado no REsp 1.388.000/PR, mas ao menos indicam uma maior preocupação da Corte com relação à divulgação da sentença.

No âmbito legislativo, os Projetos atualmente em trâmite sobre o tema (PL n. 4441/2020; PL n. 4778/2020) trazem a necessidade de ampla publicidade da ação coletiva, inclusive mediante a alimentação do cadastro instituído pelo Conselho Nacional de Justiça. Não há, contudo, qualquer menção expressa à publicidade da decisão.⁴⁵² Evidentemente, nada impede que o banco de dados contenha informações sobre as sentenças e acordos coletivos, mas a inclusão da publicidade sobre a decisão pelas propostas de alteração legislativa seria uma boa oportunidade de corrigir o veto presidencial do art. 96, do CDC, livrando a questão de quaisquer

Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019); (AglInt no REsp 1784700/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/09/2019); (REsp 1781246/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019); (AglInt nos EDcl no AREsp 1319387/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019). O precedente afastou o entendimento adotado anteriormente por algumas Turmas do Tribunal, representado no julgamento do REsp 1156021/RS: “o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista. (REsp 1156021/RS, Quarta Turma, DJe 05/05/2014).

⁴⁵¹ (REsp 1887694/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020); (REsp 1718535/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018); (REsp 1594024/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018).

⁴⁵² A título de exemplo, a previsão do PL 4778/2020: “Art. 11 Proposta ação, deve-se-lhe dar toda publicidade possível, por meio de edital, do cadastro a ser criado pelo conselho Nacional de justiça, pelo site de agência reguladora envolvida e por outros meios. Pgfo 1º - Do cadastro do Conselho Nacional de Justiça constarão todas as ações coletivas existentes no país, os Termos de Ajustamento de Conduta e acordo realizados, a que se dará publicidade por meio de relatórios mensais.”

dúvidas.

Outro ponto bastante discutido pela doutrina e de importância já reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁵³ diz respeito à forma de conferir publicidade à sentença condenatória genérica.

A aplicação analógica do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, como fundamento para a divulgação da sentença coletiva, poderia sugerir que a publicação devesse ocorrer através de edital em órgão oficial. No entanto, considerando que a leitura do Diário Oficial pelo cidadão comum seria algo no mínimo atípico e longe da realidade, afigura-se evidente a fragilidade e insuficiência desse instrumento de publicação.⁴⁵⁴ Situação ainda mais grave seria a do potencial beneficiário de uma condenação domiciliado em Estado-membro diverso do qual foi ajuizada a demanda coletiva.⁴⁵⁵ Com efeito, não há como pretender que um indivíduo acompanhe as publicações oficiais, muito menos de todos os entes federativos.⁴⁵⁶ Como já afirmou Antonio Gidi, o Direito depende de ficções jurídicas para o seu bom funcionamento, mas essas não podem ser desarrazoadas, a ponto de colocar em risco a própria efetividade do processo, como ocorre no caso da forma da publicidade em diário.⁴⁵⁷

É claro que, se considerada apenas a função dissuasória das ações coletivas, a divulgação por simples edital seria, além de satisfatória, extremamente eficiente. Resgatamos novamente a fórmula fornecida pelo *approach* normativo da Análise Econômica do Direito. No que concerne à função de *deterrence*, a configuração

⁴⁵³ No julgamento do REsp 1594024/SP e do REsp 1304939/RS, em 2018 e 2019, respectivamente, a Terceira Turma do Tribunal estabeleceu que “ao juiz é possível dar concretude ao princípio da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX, da CF e 83 e 94 do CDC), determinando a adoção das técnicas que mais se compatibilizam com as ações coletivas”.

⁴⁵⁴ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 62; ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 157-185, 2016, pp. 165. Para o caso das ações coletivas, o mesmo poderia ser dito em relação ao registro eletrônico no site do CNJ, como prevê o art. 979 do CPC/2015, especificamente para a publicação da instauração e do julgamento do IRDR. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 179-180).

⁴⁵⁵ Não obstante a questão da constitucionalidade do art. 16 da Lei da Ação Civil esteja em discussão no Supremo Tribunal Federal, no RE 1101937, que teve repercussão geral reconhecida (Tema 1.075), o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que a abrangência da coisa julgada, nas ações civis públicas, é determinada pelo pedido, pelas pessoas afetadas e de que a imutabilidade dos efeitos que uma sentença coletiva produz deriva de seu trânsito em julgado, e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu. É esse o entendimento firmado pela Corte Especial, no julgamento do REsp. n.1.243.887/PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

⁴⁵⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60.

⁴⁵⁷ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 68.

procedimental eficiente é aquela que, com menos custos diretos, atinge decisões corretas a ponto de implementar o efeito dissuasório sobre potenciais causadores de ilícitos. Considerando a previsão da *fluid recovery* contida no art. 100, *caput* e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que tornaria, ao menos abstratamente e por si só, a ação coletiva efetiva do ponto de vista dissuasório, perde qualquer relevância o conhecimento da sentença pelos beneficiários, sendo desejável a redução de todos os custos relacionados à sua publicação.

No entanto, essa não é a única finalidade da tutela coletiva. Pelo contrário, a finalidade reparatória, de tutela de direitos, é – e deve ser – central ao tratamento coletivo de interesses individuais, sendo a divulgação da sentença genérica um elemento essencial à sua efetividade.⁴⁵⁸ Logo, a fim de que todos os possíveis interessados tomem conhecimento da existência e do teor da sentença, possibilitando as suas habilitações individuais, a divulgação da condenação não pode ficar restrita somente aos meios de publicação oficial.⁴⁵⁹

Isso não significa, contudo, que seja sempre necessário notificar cada um dos membros do grupo individualmente. Essa é a regra que prevalece nos Estados Unidos da América, no caso da certificação de ações coletivas do tipo (b)(3), relativas a direitos individuais de massa e denominadas *class actions for damages*. Sobretudo em razão do modelo *opt-out* adotado naquele país, a *Rule 23* exige que a notificação individual relativa à certificação seja enviada para todos aqueles que possam ser identificados por meio de esforço razoável e que, para os demais, seja dado “o melhor aviso possível dentro das circunstâncias”, o que normalmente envolve a publicação em veículos de comunicação, de forma a suplementar à notificação individual.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ O próprio Posner percebeu a situação, afirmando que a redução das exigências relativas à notificação de indivíduos promove a eficiência do processo do ponto de vista dissuasório, mas que quando a finalidade do processo é também a de reparação de danos individuais, é necessário que o processo seja apto a garantir a sua efetiva reparação individual: “This (relativizar os requisitos de notificação e de identificação dos indivíduos beneficiários) is not a bad response when the purpose of the substantive law being enforced by the class action is to promote efficiency. From the standpoint of efficiency the important point is that the defendant be made to pay the social costs of his unlawful (inefficient) conduct, rather than that the judgment be paid to a particular group of people (...) But when the purpose of the underlying law is to transfer income to a particular group rather than to prevent inefficient behavior, the costs of a class action may represent a pure waste of resources unless a significant distribution to the intended beneficiaries is made.” (POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 440).

⁴⁵⁹ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 94.

⁴⁶⁰ FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for Complex Litigation Third**. New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1995, p. 225. A propósito, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no precedente *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1974), confirmou a indispensabilidade da notificação individualizada, como

A notificação individual, apesar de mais efetiva do ponto de vista da tutela reparatória, também é normalmente reputada como a mais custosa e a que demanda maiores esforços e mais tempo, tanto do ponto de vista das partes, quanto do Poder Judiciário. Além do alto custo de envio de correspondências individuais, é muito provável que, mesmo após a prolação da sentença, as partes não tenham conhecimento sobre quantos são os membros da classe, quem são e onde estão localizados, o que torna extremamente dificultosa a tarefa de notificá-los.⁴⁶¹ De outro lado, as diligências atrasam o andamento do processo e os custos acabam recaindo também sobre o Poder Judiciário, que tem o dever de garantir a publicidade ampla da decisão coletiva. De um modo geral, a notificação individual torna o procedimento ineficiente, sobretudo quando os indivíduos são muitos e o dano de cada sujeito é quantitativamente muito pequeno.⁴⁶² Como se percebe, o ganho de efetividade vem a um custo muito alto.

Assim, como já sugeriu Antonio Gidi, o direito brasileiro precisa encontrar uma norma “nem tão cara e minuciosa quanto a notificação norte-americana, nem tão inoperativa e insuficiente como a brasileira”.⁴⁶³ Ao nosso ver, para o propósito de satisfazer os objetivos de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, de eficiência processual, o juiz deve se utilizar de meios de divulgação genérica, desde que adequados ao caso concreto. A doutrina brasileira e estrangeira sugere diversas possibilidades: a publicação de anúncios nos órgãos de comunicação em massa (*e.g.* rádio, televisão e jornal) das áreas atingidas; a divulgação em *sites* e redes sociais, além da criação de sítios eletrônicos específicos sobre o litígio; etc..⁴⁶⁴ Não obstante,

garantia do devido processo legal, e determinou o envio de correspondência para os 2.250.000 membros da classe cujos nomes e endereços eram conhecidos ou facilmente determináveis. Com efeito, omeite nos casos em que os indivíduos não possam ser identificados dentro de um esforço razoável é que outras formas de notificação, como anúncios em jornais, televisão, rádio ou internet, poderão ser utilizados (KLONOFF, Robert. **Class actions and other multi-party litigation in a nutshell**. West Academic, 2012, p. 193-195).

⁴⁶¹ MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004, p. 338.

⁴⁶² POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 440.

⁴⁶³ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 64.

⁴⁶⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 179-180; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, pp. 146; GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 64. No mesmo sentido, o Projeto de Lei 4441/2020, da “Nova Lei de Ação Civil Pública”, atualmente em trâmite, traz como instrumentos de publicidade da ação coletiva a rede mundial de computadores, anúncios de jornal ou rádio locais, cartazes na região do conflito, etc.

haverá casos em que a própria notificação individual se mostrará adequada e, ao mesmo tempo, eficiente, como quando a tecnologia permitir a redução de seus custos, como na hipótese de comunicação direta via *internet*, ou quando for realizável através dos meios de comunicação já utilizados entre o prestador de serviços condenado e seus usuários, como extratos bancários ou faturas.

Aconselha-se também a comunicação aos demais colegitimados e às associações representativas dos interesses protegidos,⁴⁶⁵ o que evita a propositura de ações coletivas com o mesmo objeto e permite a sua atuação coordenada. Além disso, recomenda-se a comunicação aos órgãos administrativos de regulação e de proteção dos interesses em questão,⁴⁶⁶ como sugere o próprio art. 94, do Código de Defesa do Consumidor, ao prever a “ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

Finalmente, tomando em conta o modelo colaborativo adotado pelo nosso ordenamento processual, que distribuiu as tarefas do processo entre o juiz e as partes, estruturando-o como uma comunidade de trabalho,⁴⁶⁷ entendemos que a divulgação da sentença condenatória genérica é de incumbência de todos os sujeitos do processo. Primeiro, o legitimado que moveu a ação coletiva tem por dever diligenciar para que não se tome inócua a demanda proposta, em razão do desconhecimento de seu resultado pelos potenciais beneficiários.⁴⁶⁸ Segundo, é dever e parte do ofício do Poder Judiciário zelar pela publicidade e pela efetividade de suas decisões, nos termos do art. 5º, incisos XXXV e LX e art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, e do art. 8º do Código de Processo Civil.⁴⁶⁹ Por fim, a divulgação da sentença coletiva pode ser imposta ao causador do dano como obrigação adicional, correndo às suas expensas, sobretudo porque que já houve definição acerca de sua responsabilidade.⁴⁷⁰ Obviamente, nessa hipótese, a imposição da obrigação depende de fundamentação adequada pelo juízo.

⁴⁶⁵ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. p. 64.

⁴⁶⁶ HENSLER, Deborah R. The globalization of class actions: an overview. **The annals of the american academy of political and social science**, v. 622, n. 1, p. 7-29, 2009, pp. 19.

⁴⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

⁴⁶⁸ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 135.

⁴⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 180; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 95.

⁴⁷⁰ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 95.

2.2.4 Da execução em favor do fundo de previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985

Possivelmente consciente das dificuldades relacionadas ao tratamento coletivizado de direitos individuais homogêneos, e da própria sistemática estabelecida pelo CDC, o legislador brasileiro não descartou a possibilidade de que os indivíduos atingidos não viessem a promover a liquidação e a execução da sentença coletiva, seja em razão de um déficit informacional, de empecilhos econômicos à habilitação, ou mesmo de simples desinteresse. Como é intuitivo, a situação é comum principalmente nos casos em que os danos assumem proporções insignificantes no aspecto individual, porém relevantes do ponto de vista coletivo.⁴⁷¹ Um exemplo por excelência é a venda de um lote de determinado produto com conteúdo menor do que o indicado na embalagem, caso em que o prejuízo individual é irrisório, porém o lucro obtido pelo fornecedor em escala da mercadoria, em razão da prática ilícita, é expressivo.

Para essas situações, em que há uma disparidade entre o número de liquidações promovidas e a extensão da lesão causada, o Código de Defesa do Consumidor previu em seu art. 100 que, observado o prazo de um ano, poderão⁴⁷² os legitimados do art. 82 promover a liquidação e a execução residuais da indenização devida, cujo produto reverterá em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pelo Decreto 1.306/1994 e autorizado pela Lei nº 7.347/1985, para a proteção de interesses difusos e coletivos. O mecanismo visa reprimir a conduta da parte responsável pelos danos individuais multitudinários, impedindo o seu enriquecimento ilícito e concretizando a função dissuasória das ações de classe, de tutela das normas de proteção ao consumidor, o que naturalmente não será necessário caso as habilitações individuais assumam proporção compatível com a gravidade da lesão.⁴⁷³

⁴⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 187; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.–. 2019. n.p.

⁴⁷² Apesar da redação “poderão”, em relação ao Ministério Público, a execução em favor do fundo não é faculdade, mas dever, ainda que não conste pedido neste sentido na petição inicial. Caso previstas as circunstâncias do art. 100, o MP deverá promover a execução (**STJ, REsp 996.771/RN**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 23/04/2012).

⁴⁷³ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador:

A solução prevista pelo Código de Defesa do Consumidor tem clara inspiração no expediente da reparação fluida, comum nas *class actions* do direito estadunidense, o que inclusive difundiu o uso da expressão *fluid recovery* para fazer referência ao art. 100 do diploma consumerista⁴⁷⁴, embora cada uma das figuras guarde diversas particularidades que as afastam. O ponto merece maior aprofundamento.

Com efeito, no ordenamento jurídico estadunidense é muito comum que os *awards* fixados pela corte ou que os acordos firmados entre as partes considerem um valor global, o qual é mantido em um fundo até que sejam distribuídos aos membros da classe por um administrador, mediante a apresentação de *claim forms*, isto é, de pedido individuais de ressarcimento.⁴⁷⁵ Não raro, no momento de conclusão da ação de classe, parte desse fundo permanece não reclamada pelos indivíduos atingidos, o que pode ocorrer por uma série de razões. Entre as mais comuns, geralmente se aponta: a impossibilidade de identificar e localizar parte dos membros da classe, o que impede a sua adequada notificação; o caso em que o custo de distribuição individual excede o valor a ser distribuído, de modo que a própria Corte ordena o não pagamento; ou quando, por quaisquer outros motivos, os membros da classe deixem de enviar formulários de reembolso.⁴⁷⁶ Nessas circunstâncias, a Corte deve decidir, de modo discricionário, qual destinação será dada a esses valores remanescentes, o que pode incluir, inclusive, a devolução ao réu, a nova distribuição entre os indivíduos que já reclamaram as suas parcelas, o *escheat* dos valores ao Estado ou a, mais

JusPodivm, p. 109-133, 2016, pp. 118–119. VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 154; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 187.

⁴⁷⁴ A apropriação do termo “fluid recovery” para fazer menção à técnica do art. 100 fica clara, por exemplo, no trabalho de Paulo Henrique dos Santos Lucon e Érica Barbosa e Silva: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, Érica. Barbosa e. Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva. **Tutela Coletiva—20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do fundo de defesa dos interesses difusos**, v. 15, 2006, p. 180-181. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, de forma crítica, chamam o fenômeno de “flui recovery à brasileira”, destacando a ausência de caráter reparatório da técnica brasileira (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 324).

⁴⁷⁵ TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 767-768; WASSERMAN, Rhonda. Cy Pres in Class Action Settlements. **S. Cal. L. Rev.**, v. 88, p. 97, 2014, pp. 102-103.

⁴⁷⁶ FORDE, Kevin M. What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds-Almost Anything. **Judges J.**, v. 35, p. 19, 1996, pp. 19; BOIES, Wilber H.; HANEY KEITH, Latonia. Class Action Settlement Residue and Cy Pres Awards: Emerging Problems and Practical Solutions. **Va. J. Soc. Pol'y & L.**, v. 21, p. 267, 2014, p. 269; MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004, p. 431.

comum, a *cy près award*.⁴⁷⁷

Embora a doutrina do *cy près* (do francês, *cy près comme possible*), tenha sido inicialmente utilizada em relação aos *charitable trusts*, quando o seu propósito inicial se tornasse impraticável, os tribunais norteamericanos passaram a invocar a disciplina para distribuir fundos não reclamados, de forma a atingir os objetivos políticos das ações coletivas e os interesses dos membros ausentes da classe do modo “mais próximo possível”.⁴⁷⁸ Usualmente, os fundos são destinados a terceiros, geralmente entidades filantrópicas, cujos objetivos institucionais tenham alguma conexão específica com o dano causado. Em outros casos, os valores podem ser utilizados para beneficiar grupos que estejam em posições semelhantes às das vítimas. Essa última modalidade ficou mais conhecida como *fluid recovery*, diferenciando-se da *cy près* tradicional.⁴⁷⁹ Como exemplo ilustrativo de *fluid recovery*, cita-se a hipótese da determinação de redução de preços do serviço prestado pelo ente causador do ilícito, em benefício de futuros consumidores, que constitui uma variante com mecanismo de preço, em oposição à *fluid recovery* sem mecanismo de preço.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ TIDMARSH, Jay. *Cy Pres and the Optimal Class Action*. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 768-769; BONE, Robert G. *Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres*. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 943. Este último autor descreve as possibilidades mais comuns e seus principais problemas: “One possibility is to give left-over funds back to the defendant, but this approach weakens deterrence. Another possibility is to apply the funds to increase the shares of those class members who have already filed claims and received distributions (and thus have already self-identified). But that gives some class members more than they are entitled to and treats them differently from other class members. A third possibility is to escheat left-over funds to the state as abandoned property. This is an attractive option in some respects. It serves deterrence and avoids windfalls. But it confers no benefit on class members apart from the general benefits the state provides to all its citizens, and it sacrifices an opportunity to further the substantive law indirectly by supporting an entity that advances the law’s substantive goals.”

⁴⁷⁸ WASSERMAN, Rhonda. *Cy Pres in Class Action Settlements*. **S. Cal. L. Rev.**, v. 88, p. 97, 2014, pp. 115.

⁴⁷⁹ Jay Tidmarsh faz a diferenciação entre o *cy pres* tradicional e a *fluid recovery*: “In aggregate litigation, the terms “fluid recovery” and “cy pres” are sometimes used inter-changeably, although they are technically distinct. Fluid recovery involves the distribution of funds to present individuals who occupy more or less the same position as the victims of the defendant’s past wrongdoing; for instance, if the defendant cheated past consumers on their credit card transactions, relief might be given to the present credit card holders as an approximation. On the other hand, cy pres relief involves the provision of relief to third parties—typically charities—whose connection to the wrongdoing is more attenuated.” (TIDMARSH, Jay. *Cy Pres and the Optimal Class Action*. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 769.). No mesmo sentido, ver: BONE, Robert G. *Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres*. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 940

⁴⁸⁰ A diferenciação entre a *fluid recovery* com e sem mecanismo de preço está descrita no trabalho de Anna Durand, datado de 1981: “In a fluid class recovery, the court calculates total damages and orders the defendant to disburse the money in a prescribed manner. In some types of fluid class recoveries, the defendant pays a fixed sum to a prescribed class. In another variant of fluid class recovery, the court simply instructs the defendant temporarily to lower the price on a good it sells to consumers until the defendant has disgorged an amount equal to the total damages suffered by

Como se nota, os institutos da *cy près* e da *fluid recovery* divergem do mecanismo previsto pelo art. 100, do Código de Defesa do Consumidor, sendo os principais elementos distintivos a natureza administrativa deste último e a sua gerência pelo Poder Executivo.⁴⁸¹ Contudo, a finalidade de todos esses instrumentos, pelo menos em sua concepção, é muito semelhante: alcançar, de modo eficiente e econômico, a finalidade dissuasória do processo coletivo, impedindo que o autor do ilícito permaneça impune, produzindo algum benefício, ainda que indireto, em favor do grupo atingido.⁴⁸²

Rigorosamente, tais ferramentas atingem satisfatoriamente o propósito repressivo ou dissuasório da ação coletiva e, ao mesmo tempo, reduzem consideravelmente os custos operacionais relacionados à distribuição de valores. Com efeito, é muito mais econômico para o sistema de justiça destinar a importância não reclamada a alguma organização autônoma ou apenas estimar o valor global do dano causado e determinar a sua remessa a um fundo estatal do que mergulhar na árdua tarefa de distribuir indenizações ínfimas a uma infinidade de indivíduos atingidos. Considerando o cálculo da análise econômica normativa, repetidamente invocado neste trabalho, os instrumentos de reparação fluida se mostram extremamente eficientes, na medida em que alcançam decisões precisas, capazes de implementar o efeito dissuasório pretendido, com custos diretos muito reduzidos.⁴⁸³

Não obstante, boa parte da doutrina norte-americana já reconheceu a inaptidão prática do *cy près* e da *fluid recovery* para compensar, ainda que indiretamente, os indivíduos atingidos, reconhecendo o caráter puramente punitivo dessas práticas.⁴⁸⁴ Além do risco de favorecimento de certas entidades diante da

the plaintiff class. The former, more traditional form of fluid class recovery can be called a nonprice mechanism. The latter form of fluid class recovery can be referred to as a price mechanism.” (DURAND, Anna L. An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**, p. 173-201, 1981, p. 174).

⁴⁸¹ MOREIRA, Egon Bockmann. et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2016, p. 498.

⁴⁸² FORDE, Kevin M. What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds-Almost Anything. **Judges J.**, v. 35, p. 19, 1996, pp. 19; TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 771.

⁴⁸³ DURAND, Anna L. An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**, p. 173-201, 1981, p. 175; TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 781-782.

⁴⁸⁴ TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013, pp. 781-782; BONE, Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 954. No caso *Mirfasihi v. Fleet Mortg. Corp.*, 356 F.3d 781, 784 (7th Cir. 2004), o Judge Richard Posner afirmou que “in the class action context the reason for appealing to cy pres is to prevent the defendant from walking away from the litigation scot-free because of the infeasibility of distributing the proceeds of the settlement ... to the class members.

discricionariedade judiciária e da frequente falta de pertinência entre o dano à classe e a forma de reparação estabelecida,⁴⁸⁵ a própria constitucionalidade desses expedientes tem sido questionada. O Professor Martin H. Redish, por exemplo, critica a trilateralização do conflito no caso da *cy pres*, pela inclusão de uma *non-party* no litígio, o que violaria o Article III da Constituição dos Estados Unidos, além de refutar a possibilidade de transformação da demanda compensatória em um equivalente prático à multa civil, sem o devido e adequado processo legislativo.⁴⁸⁶

No Brasil, uma das principais críticas realizadas pela doutrina refere-se à discrepância entre a origem e a aplicação dos recursos revertidos em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).⁴⁸⁷ Como apontam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, “o Fundo a que as indenizações decorrentes da “recuperação fluída” são destinadas é voltado à proteção de interesses difusos e coletivos, os quais não se confundem com quaisquer direitos individuais”⁴⁸⁸. No mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues afirma que embora a demanda esteja ontologicamente relacionada à proteção de direitos individuais homogêneos, teleologicamente encontra-se presa a uma finalidade difusa, em razão da previsão do art. 100, do CDC.⁴⁸⁹ Assim, apesar de elogiável a preocupação com a danosidade coletiva, os interesses individuais em jogo ficam destituídos de qualquer reparação, ainda que indireta.⁴⁹⁰ Além disso, muito se questiona a falta de efetiva aderência temática e geográfica entre os danos ocorridos e a destinação dos recursos arrecadados, a despeito da previsão do art. 7º do Decreto n.º 1.306/1994.⁴⁹¹

There is no indirect benefit to the class from the defendant's giving the money to someone else. In such a case the "cy pres" remedy (badly misnamed...) is purely punitive.”

⁴⁸⁵ WASSERMAN, Rhonda. *Cy Pres in Class Action Settlements*. **S. Cal. L. Rev.**, v. 88, p. 97, 2014, pp. 120-125.

⁴⁸⁶ REDISH, Martin H.; JULIAN, Peter; ZYONTZ, Samantha. *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*. **Fla. L. Rev.**, v. 62, p. 617, 2010, pp. 641 e ss.

⁴⁸⁷ Em sentido contrário, em defesa do Fundo, ver: GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 331 e ss.

⁴⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 325.

⁴⁸⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 266-267.

⁴⁹⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96; LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 292.

⁴⁹¹ Segundo o decreto: “Art. 7º Os recursos arrecadados serão distribuídos para a efetivação das medidas dispostas no artigo anterior e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado. Parágrafo único. Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível.” Para maior aprofundamento

É de se reconhecer, portanto, que a técnica, da forma como prevista na lei brasileira, mais especificamente no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, desafia a razão de ser da tutela coletiva, a máxima da reparação integral do dano, consagrada pelo art. 944 do Código Civil⁴⁹², e a própria Constituição Federal.⁴⁹³ Apesar de o Fundo alcançar a função dissuasória a que se propõe a tutela coletiva, além de fazê-lo de forma eficiente, isto é, com baixo custo operacional, esse instrumento raramente promove a efetividade esperada do ponto de vista da reparação dos direitos individuais homogêneos.

Não se está afirmando a inutilidade de todas formas de reparação indireta, nem tampouco a absoluta inconstitucionalidade da solução legislativa. Os fundos são expedientes importantíssimos de reparação coletiva indireta, sobretudo no caso das chamadas ações de bagatela, onde a tutela individual reparatória é, na maioria das vezes, inviável. No entanto, a utilização de tais mecanismos deve sempre considerar e priorizar, no caso concreto, a reparação dos danos causados, da melhor forma possível, para além da lógica da mera punição do infrator. Devem operar, portanto, como *ultima ratio*, e não como a “solução normativa” para endereçar as dificuldades inerentes à reatomização do conflito na fase de execução.

Além de negligenciar a função reparatória da tutela coletiva, a aplicação da norma contida no art. 100, do Código de Defesa do Consumidor, enseja uma série de

sobre as críticas relativas à discrepância entre a origem da arrecadação e a aplicação prática dos recursos, ver: HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil**: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos. Curitiba, 2017, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, p. 95-98; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2011, p. 190-200. Vitorelli, inclusive, chegou a afirmar que “não existe fluid recovery no Brasil, uma vez que nada é recuperado com o proveito da condenação. Esta se resume a prover recursos para fundos públicos que financiam predominantemente ações públicas que já deveriam ser conduzidas pelo Estado.” (p. 196).

⁴⁹² Em outra oportunidade, já analisamos a questão do sistema de responsabilização civil tradicional e da atuação que sancionatória dos entes administrativos no contexto dos acordos sobre direitos coletivos: FACHINELLO, João Antonio Tschá. Acordos e tutela coletiva: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da Netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, jul./dez. 2019, p. 85-112, pp. 94-97.

⁴⁹³ Para o Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, “impõe-se que esses fundos sejam dedicados a recuperar o prejuízo que efetivamente foi causado ou prevenir que novas violações (àqueles mesmos direitos) possam acontecer. Do contrário, não se tem apenas uma solução inadequada; tem-se uma solução francamente inconstitucional, na medida em que o bem (que deveria ser protegido) permanecerá violado, e o dinheiro que deveria ser empregado para sua recomposição será destinado a qualquer outra finalidade.” Diante disso, os autores enfatizam a “a necessidade de recorrer a outras formas de execução, mais adequadas a tratar de forma efetiva com lesões a interesses coletivos e individuais de massa.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 321-327).

dificuldades práticas. Segundo a redação legal, transcorrido o prazo de um ano sem habilitação dos indivíduos em número compatível com a gravidade do dano causado, poderão ser promovidas a liquidação e execução coletivas da indenização devida, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Os pontos de maior complexidade, e que merecem breve análise neste trabalho, são os seguintes: a) o termo inicial do prazo anual; b) a convivência do procedimento do art. 100 com as liquidações e execuções individuais c) a indeterminação do conceito de “habilitações em número compatível com o dano”; d) a ausência de parâmetros para a definição do dano causado.

A primeira dificuldade diz respeito ao termo inicial do prazo autorizativo para a liquidação coletiva, diante da omissão legislativa. Segundo a doutrina de Sérgio Shimura, à qual nos filiamos, o prazo anual somente pode transcorrer a partir da ciência dos interessados, “o que ocorre com o respectivo edital, em aplicação analógica do art. 94, CDC, e em face do princípio constitucional da publicidade dos atos jurisdicionais”.⁴⁹⁴ Com efeito, o texto legal condiciona o pedido de liquidação coletiva à decorrência do período de um ano sem a habilitação dos particulares interessados, de modo que o prazo deve iniciar apenas quando praticamente possível tal habilitação, ou seja, quando devidamente informados os potenciais interessados. No entanto, como visto anteriormente, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.388.000/PR, representativo de controvérsia (Tema 877), sedimentou o entendimento de que o prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, reputando-se desnecessárias providências análogas àquela prevista no art. 94 da Lei 8.078/1990.⁴⁹⁵ A tendência, portanto, é de

⁴⁹⁴ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 187. No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419.

⁴⁹⁵ No mesmo sentido: (AgInt nos EDcl no REsp 1779866/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 14/05/2020); (AgInt nos EDcl no AREsp 1265395/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 22/10/2019); (AgInt no REsp 1784700/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/09/2019); (REsp 1781246/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 06/09/2019); (AgInt nos EDcl no AREsp 1319387/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019). O precedente afastou o entendimento adotado anteriormente por algumas Turmas do Tribunal, representado no julgamento do REsp 1156021/RS: “o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii)

que o Tribunal aplique a mesma lógica para o prazo autorizativo da propositura da liquidação coletiva do art. 100, CDC, a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença.

A segunda dificuldade diz respeito à convivência do prazo de um ano do art. 100 com o prazo prescricional das demandas liquidatórias e executivas individuais. O entendimento que prevalece, ao nosso ver escorreito, é o de que o prazo anual não é extintivo da pretensão individual, mas apenas autorizativo da liquidação e da execução coletiva em favor do Fundo.⁴⁹⁶ Assim, mesmo após o decurso do prazo anual ou do processamento da execução coletiva, as vítimas ou seus sucessores poderão liquidar e executar seus danos individualmente, desde que observado o prazo prescricional previsto no direito material.⁴⁹⁷ Interpretação em sentido contrário, de que a execução coletiva teria efeito decadencial ou prescricional em desfavor das execuções individuais⁴⁹⁸, além de incorreta, agravaria ainda mais o problema da efetividade do procedimento, considerando a demonstrada ausência de caráter reparatório da execução em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

Outro ponto que torna complexa a aplicação do art. 100, CDC, se refere à locução indeterminada “interessados em número compatível com a gravidade do dano”, requisito para a propositura da liquidação na modalidade coletiva. A opção legislativa tem sido elogiada pela doutrina em geral, na medida em que proporciona maior flexibilidade e liberdade ao aplicador da lei, permitindo o alcance da norma às mais diversas situações concretas.⁴⁹⁹ De fato, a vagueza do texto autoriza o juiz a

determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista. (**REsp 1156021/RS**, Quarta Turma, DJe 05/05/2014).

⁴⁹⁶ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 181 e 188.

⁴⁹⁷ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 137; LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 420; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 329.

⁴⁹⁸ “Finalmente, não se pode negar a natureza decadencial do prazo do art. 100 do CDC/2009. Com efeito, passado o prazo, o direito de executar se transfere aos legitimados como representantes do Fundo e não seria sustentável considerar como ainda subsistente, nessas circunstâncias, o mesmo direito em favor do titular individual que até então não se habilitou. Isso abriria a possibilidade de dupla execução do mesmo crédito.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 187-188). Em sentido semelhante: “A execução coletiva tem efeito decadencial para os indivíduos, ou seja, perdem o direito de executar o seu dano individual, assim que o pagamento coletivo se concretizar (art. 100, § 1.º do CDC). O efeito preclusivo na liquidação individual não impede ações individuais, que estariam limitadas apenas pela ocorrência de prescrição de acordo com as regras do direito material.” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 291-292).

⁴⁹⁹ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 141; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos**

mensurar a gravidade do dano no caso concreto e a definir o número habilitações individuais suficiente para reestabelecer o equilíbrio rompido pelo ilícito, o que não seria possível caso o legislador tivesse fixado limites estanques.

O problema é que a discricionariedade conferida ao julgador também abre espaço para arbitrariedades e para o processamento desatento de todos os pedidos de liquidação e execução nesta modalidade. Isto considerado, em todos os casos, o juiz deve observar o dever de fundamentação adequada, nos termos do art. 489, § 1º, CPC/2015, resolvendo a questão da inexistência de interessados em número compatível com a gravidade do dano, recaindo sobre o legitimado do art. 82, CDC, de forma simétrica, o ônus de alegar e provar tal condição.⁵⁰⁰ A demonstração da incompatibilidade entre o número de habilitações e a gravidade do dano deve ser tida como verdadeira condição de prosseguimento da demanda liquidatória, diante do caráter residual e subsidiário dessa modalidade executiva, excluindo, assim, o risco de onerar excessivamente o réu coletivo com uma execução desnecessária e descabida.

O juiz ainda deverá levar em consideração o fato de que o prazo prescricional para exercício das pretensões individuais é, na maioria dos casos, quinquenal, conforme a previsão do art. 27, CDC.⁵⁰¹ Assim, a incompatibilidade entre o número de habilitações e a gravidade do dano, passado um ano da publicação da sentença coletiva, deve ser analisada sob esse aspecto, considerando a possibilidade de outras liquidações individuais virem a ser propostas. Na prática, o magistrado não deve exigir que a maioria das vítimas tenham se habilitado no prazo de um ano para então negar seguimento à liquidação coletiva, considerando que aquelas, provavelmente, ainda dispõem de muito tempo para fazê-lo. De outro lado, o julgador deverá verificar, no caso concreto, se há alguma razão excepcional para a inexistência de habilitações até o momento e, em havendo, declarar ausente os pressupostos para a liquidação coletiva.

A incongruência entre o prazo do art. 100, CDC e o prazo para o exercício das

da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 273-274; SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo: Método, 2006. p. 186; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil:** individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 335-337.

⁵⁰⁰ Como ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “assim como há dever judicial de fundamentação analítica, há simetricamente ônus de alegação específica das partes” (ver referencia, está na parte de peticao inicial, na parte de causa de pedir).

⁵⁰¹ “Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

pretensões individuais também causa dificuldades no que concerne à liquidação do dano global, a ser executado em favor do Fundo (FDD). Como afirma a doutrina especializada, na tarefa de definição do dano, “o juiz deverá levar em conta as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação”⁵⁰². Apesar de entendermos que a responsabilização individual é independente e inconfundível com a “indenização devida” prevista no art. 100, CDC, em natureza e em função⁵⁰³, não há como negar que a definição incorreta do montante a ser destinado ao Fundo, sem considerar as indenizações já pagas, pode acabar onerando excessivamente o réu. O problema é que, em razão da discrepância entre o prazo ânuo e os prazos prescricionais previstos pelo direito material, não há como garantir que o réu coletivo não irá responder por valor superior ao efetivamente devido até o fim do prazo prescricional.⁵⁰⁴

Note-se que a preferência estabelecida em favor dos créditos individuais prevista no art. 99, caput, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰⁵, ou da sustação da reversão dos valores ao Fundo enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, prevista no parágrafo único⁵⁰⁶, não

⁵⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019. n.p.

⁵⁰³ A descrição do art. 100, CDC, feita por Eduardo Talamini é certa e retrata nossa posição: “A redação não é perfeita. Talvez se pudesse haver empregado o tempo “gravidade da lesão” ou “gravidade do possível dano”. Mas o escopo da regra é identificável. Daí se extrai que, para o ordenamento, o sujeito que adota conduta apta a lesar direitos de uma quantidade significativa de indivíduos, merece ser censurado e sancionado especificamente também por isso. Vale dizer: independentemente da sua responsabilidade pela violação do direito de cada indivíduo e independentemente também de sua responsabilidade pela violação de outros direitos difusos ou coletivos correlatos, o sujeito responde, adicionalmente, por haver violado (ou ameaçado efetivamente) a esfera jurídica estritamente individual de uma grande quantidade de indivíduos. O ordenamento censura comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias. Trata-se de uma censura adicional, inconfundível com a responsabilização atinente a cada dano individual. A sanção pecuniária, com marcante feição punitiva e educativa, é a reação do ordenamento à violação do direito difuso acima destacado. (...) Quando um significativo número de interessados habilita-se, de modo que as indenizações individuais assumam proporção compatível com a gravidade da lesão, o ordenamento dispensa o acréscimo da sanção pecuniária: o escopo punitivo e educativo já terá sido atingido reflexivamente pelas sanções individuais.” (TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 109-133, 2016, pp. 118-119).

⁵⁰⁴ O problema é também reconhecido por Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 128).

⁵⁰⁵ Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

⁵⁰⁶ O parágrafo único do art. 99 garante a preferência prevista no *caput*, lançando mão da sustação da destinação da reparação ao bem indivisivelmente considerado, consistente em sua reconstituição (art. 13 da Lei no 7.347/85); e o faz por intermédio da indisponibilidade da importância recolhida ao Fundo

resolvem o problema do risco de cobrança a maior. É evidente que tais medidas são de extrema relevância, sobretudo porque favorecem a reparação dos indivíduos, que têm garantido, de certo modo, o objeto de suas execuções, mesmo quando levada a cabo a execução coletiva. Porém, do ponto de vista do demandado, o risco continua presente. A doutrina sugere algumas possíveis soluções para o problema, dentre as quais podemos citar a mudança legislativa no sentido de fixar o prazo de início da ação de reparação fluida para o fim do prazo prescricional⁵⁰⁷; a criação, pela via legislativa, de um fundo administrado pelo juízo, onde os interessados pudessem em determinado prazo demonstrar o direito indenizatório e, após transcorrido o prazo, os valores restantes seriam destinados ao FDD;⁵⁰⁸ e até mesmo a habilitação dos particulares junto ao próprio FDD para o recolhimento das indenizações.⁵⁰⁹

Enfim, para que se possa definir o valor da “indenização devida” prevista no art. 100, do CDC, considerando as indenizações já pagas, é importante que a liquidação não se perca em minúcias, bastando um método de cálculo minimamente razoável, considerando o caráter preeminentemente punitivo da execução em favor do Fundo.⁵¹⁰ É evidente que a indenização aqui considerada não precisa corresponder

de que trata o referido art. 13 da Lei no 7.347/85, enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos pessoalmente sofridos. A sustação, contudo, não será determinada quando, a critério do juiz, o patrimônio do devedor for manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas. (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.— 2019. n.p.) Pertinente, também, a sugestão de Sérgio Shimura: “Embora a lei se refira à decisão de “segundo grau”, devemos interpretar no sentido de que qualquer decisão sobre o pedido indenizatório individual ainda pendente gera a sustação no recolhimento ao fundo.” (SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 198).

⁵⁰⁷ Nesse sentido: “(...) melhor teria feito o legislador se tivesse fixado o prazo de início da ação de reparação fluida para o fim do prazo prescricional de exercício judicial do direito reconhecido como existente na sentença condenatória genérica. Nesse caso, seria possível obter alguma segurança não só em relação às indenizações já pagas, mas também em relação às que estivessem em curso, tendo em vista a certeza de que daí para frente não poderia surgir nenhuma ação nova. Isso permitiria um juízo seguro de que todo o montante reclamado seria aquele já conhecido (já pago ou que estivesse sendo reclamado) e mais nenhum, justamente para que a partir daí se permitisse fazer um juízo de valor entre o que foi reclamado e o dano causado.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 273). A solução nos parece possível, mas a opção poderia atrasar em muito a reparação destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos,

⁵⁰⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 291-292. A ideia tem clara inspiração nos fundos judiciais americanos e nos parece uma solução plausível para o problema.

⁵⁰⁹ A possibilidade já foi anteriormente posta por Antonio Gidi. (GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 333).

⁵¹⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 291.

ao dano propriamente dito, ou seja, à soma das indenizações individuais.⁵¹¹ A delimitação precisa dos danos individuais não faria qualquer sentido nesta etapa do procedimento, em que não há mais a intenção de ressarcir individualmente cada particular – nesse caso, melhor seria proferir, desde logo, uma sentença líquida sobre os danos individuais na fase de conhecimento. No plano da análise econômica normativa, a definição precisa da soma dos danos individuais implicaria altos custos operacionais, na medida em que exigiria certa forma de participação dos particulares atingidos e análise probatória complexa, e pouco contribuiria para a função dissuasória buscada por essa modalidade de execução. Assim, deve-se preferir a estimativa do dano total causado ao grupo ou mesmo a definição do lucro obtido ilicitamente pelo réu coletivo⁵¹², métodos que simplificam o cálculo do dano, economizando recursos judiciais, sem qualquer perda de efetividade no que concerne à função dissuasória. No primeiro caso, o juiz e as partes poderão se valer, inclusive, de métodos de prova estatística, realizando pesquisas por amostragem envolvendo as situações pessoais dos sujeitos pertencentes ao universo considerado.⁵¹³ Outrossim, caso o enriquecimento ilícito ou o dano ao grupo de pessoas já compuserem o conteúdo da sentença, e a determinação do seu *quantum* não depende de prova de fato novo, a liquidação poderá ocorrer por mero arbitramento, nos termos do art. 509, I, do CPC/2015, dispensando-se, a liquidação pelo procedimento comum.⁵¹⁴

⁵¹¹ CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v.72, n.12, p.1474, dez. 2008; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 274-275. Em sentido contrário, Sérgio Shimura afirma que “o montante a ser postulado em execução coletiva será a indenização devida, isto é, o valor relativo aos prejuízos individuais.” (SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 192).

⁵¹² Nesse sentido, ver: VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 146-147.

⁵¹³ Sobre o tema, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019, pp. 668-669. O autor afirma que “(...) análises estatísticas não têm por foco o indivíduo ou situação individual; ao contrário, destinam-se a tratar com universos, buscando padrões e uniformidades de casos ou de situações” e que “(...) a mecânica que influi no uso da prova estatística é em tudo semelhante àquela que governa o emprego da prova indiciária. Toma-se fatos conhecidos – colhidos por técnicas de recenseamento ou de pesquisa – a fim de deles inferir a ocorrência de fatos que são relevantes para o processo. A viabilidade dessa prova, portanto, está assentada sobretudo na qualidade da inferência realizada, somada à qualidade das informações que foram efetivamente colhidas.”

⁵¹⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 291; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 332. O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a questão no REsp 1187632/DF, em que, depois de apertada votação, ficou estabelecida a possibilidade de realização da liquidação por arbitramento, de modo a se atingir a efetividade e celeridade da tutela coletiva: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA COLETIVA. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. AUSÊNCIA DE

HABILITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. CONTRATANTES IDENTIFICADOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. CABIMENTO. LAUDO QUE DEVE CONSIDERAR CADA UM DOS CONTRATOS. (...) 2. O Ministério Público tem legitimidade subsidiária para a liquidação e execução da sentença coletiva, caso não haja habilitação por parte dos beneficiários, nos termos do art. 100 do CDC. 3. Se o título executivo não prevê indenização estimada e possui os critérios para a liquidação e tendo em vista a identificação dos beneficiários, a liquidação deve levar em conta cada um dos contratos. No caso, pode ser realizada por arbitramento, de modo a se atingir a efetividade e celeridade da tutela coletiva, aliadas ao cumprimento do previso no título. 4. A reparação fluída (fluid recovery) é utilizada em situações nas quais os beneficiários do dano não são identificáveis, o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante e, subsidiariamente, caso não haja habilitação dos beneficiários. 5. Recurso parcialmente provido, com base no voto-médio. (REsp 1187632/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 06/06/2013). Vale destacar, ainda, o conteúdo da Ratificação de Voto do Ministro Luis Felipe Salomão: "Outro ponto a ser ressaltado e que se opõe à ideia da necessidade de cognição exauriente na fase de liquidação desta sentença coletiva é o fato de que a execução prevista no art. 100 do CDC não segue as mesmas regras da execução individual estabelecida nos arts. 97 e 98 do mesmo diploma. (...) Insta ressaltar que as execuções ajuizadas com base no art. 97 e no art. 100 do CDC, não obstante refiram-se à mesma sentença condenatória genérica, têm objetivos diversos e, por isso, suas bases de cálculo mostram-se também diferentes, sem que isso importe sua desnaturação, máxime tendo em vista que esse foi o escopo perseguido pelo legislador."

3 PROPOSTAS PARA UMA EXECUÇÃO EFETIVA E EFICIENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

3.1 PREMISSAS PARA UMA NOVA FORMA DE ENCARAR A TUTELA EXECUTIVA RESSARCITÓRIA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Nestes próximos itens, serão estabelecidas algumas premissas para uma nova forma de encarar a tutela executiva ressarcitória de direitos individuais homogêneos no Brasil, a partir dos temas desenvolvidos anteriormente, com destaque para a garantia de efetividade da tutela do direito material, o princípio constitucional de acesso à Justiça e a necessidade de atuação eficiente do Poder Judiciário.

Primeiro, sugerimos que o art. 95 do CDC deve ser visto como um permissivo para o uso da técnica da sentença condenatória genérica, quando essa se mostrar pertinente no caso concreto, sendo possível a flexibilização do procedimento e a utilização de outras medidas admitidas pelo microssistema de tutela coletiva quando mais adequadas para a consecução da tutela pretendida.

Segundo, defendemos que o ente coletivo legitimado deve prezar pela reparação dos danos individuais ao longo de todo o feito, inclusive na fase de efetivação, tendo legitimidade concorrente e coordenada com os indivíduos do grupo para promover o cumprimento da sentença em seu favor, de forma verdadeiramente coletiva.

Terceiro, discutimos o uso de métodos autocompositivos pelos legitimados coletivos no âmbito dos direitos individuais homogêneos, com a possibilidade de adesão dos indivíduos ao acordo, além da utilização de instrumentos de negociação sobre o procedimento, visando adequá-lo às peculiaridades do caso concreto.

Quarto, destacamos a tendência de introdução de novas tecnologias no Poder Judiciário e defendemos a possibilidade de criação de sistemas *online* de resolução de disputas para a solução de casos coletivos, após reconhecida a responsabilidade do autor do ilícito, por sentença ou acordo.

Quinto, introduzimos a possibilidade de redução e de objetivização do *standard* probatório na sentença, a fim de tornar o processo de definição das indenizações individuais muito mais simples para as vítimas e mais eficiente para o Judiciário.

3.1.1 A sentença condenatória e genérica é a única solução possível?

A despeito dos diversos problemas relacionados ao procedimento previsto no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, muitos deles intuitivos, grande parte da doutrina ainda defende uma leitura restrita do dispositivo, como se a sentença proferida nas ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos devesse ser, necessariamente, condenatória e genérica.⁵¹⁵ Para essa doutrina, toda a demanda que envolva a tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos, caso procedente, deveria resultar em uma sentença condenatória e genérica, ou seja, sem executividade intrínseca e de cognição limitada. Por consequência, o procedimento de liquidação e execução a ser seguido seria, natural e obrigatoriamente, aquele previsto nos art. 97 e ss., do CDC, com todas as dificuldades e gargalos que lhe são inerentes, sob o prisma da efetividade e da eficiência.

Além da interpretação gramatical e, ao nosso ver, assistemática do art. 95, do CDC, que afirma que a “condenação será genérica”, a justificativa para esse posicionamento pode ser identificada em outros dois fenômenos: a) a noção de que haveria dois ritos procedimentais distintos, um relativo à tutela de direitos difusos em sentido estrito, previsto na Lei da Ação Civil Pública, e outro específico relativo aos direitos individuais homogêneos, no art. 91 e ss., do CDC; b) e a percepção de que os direitos individuais homogêneos decorreriam sempre de um direito inicialmente coletivo e indivisível.

A separação entre os instrumentos de tutela de direitos coletivos e de tutela coletiva de direitos acidentalmente individuais⁵¹⁶ sugeriria que apenas aquela técnica prevista no art. 95, do CDC, poderia servir à tutela dos interesses individuais

⁵¹⁵ Para citar alguns deles: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 70 e 99; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil: individual e coletiva**. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 323; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 153.

⁵¹⁶ Ver, nesse sentido, o segundo capítulo da obra de Teori Albino Zavascki, intitulado “O subsistema do processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos individuais”. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 23-53). Criticando essa diferenciação procedimental: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 249; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, p. 138.

homogêneos, e não as demais espécies de sentença reconhecidas pelo microssistema coletivo. Por outro lado, a segmentação bifásica dos direitos individuais homogêneos, vistos como indivisíveis e indisponíveis até o momento de liquidação⁵¹⁷, exigiria também um procedimento estruturalmente bifásico, que tratasse primeiro da dimensão coletiva e, em um segundo momento, da dimensão essencialmente individual. Assim, a única técnica idônea à tutela dos interesses individuais homogêneos seria a condenatória (não mandamental ou executiva) e genérica.⁵¹⁸

Contudo, em nosso ver, essa interpretação é desacertada, por uma série de razões. Como já se adiantou, na lógica da máxima efetividade da tutela jurisdicional, o processo civil, individual e coletivo, deve ser visto como um instrumento predisposto à realização de direitos e o direito de ação, por sua vez, deve ter como corolário o direito aos meios executivos idôneos e adequados. Da mesma forma, afirmou-se que o processo ajustado ao “acesso à justiça” (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) pressupõe a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos. Nessa linha, as técnicas processuais devem ser concebidas em favor da tutela do direito material, inclusive com a possibilidade de flexibilização e adaptabilidade pelo juiz no caso concreto.

O disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor⁵¹⁹ chancela essa

⁵¹⁷ Essa percepção pode ser encontrada na obra de Alcides Munhoz da Cunha, sendo pertinente a transcrição de seu entendimento: “Tem-se dito que nestes casos os interesses são individuais e não meta-individuais, porque a própria lei os qualifica como individuais, porém homogêneos, por ter origem comum. Todavia, a despeito deste nome in iuris, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum. A divisibilidade se opera apenas no momento da liquidação (quantificação) dos danos pessoalmente sofridos e da execução. Aí, cada vítima ou sucessor de vítima que tenha sido beneficiado com a sentença de procedência, tem legitimação ordinária para pretender apurar o quantum devido, provando apenas o nexo causal entre o fato danoso e os prejuízos sofridos, pois a obrigação de indenizar (an debeatur) já estará certa, posto que incluída na condenação genérica, que vale como título executivo judicial para as execuções individuais (muito embora esteja prevista em lei também a possibilidade do ente coletivo promover a liquidação e execução individuais, sendo certo que nestas hipóteses, estar-se-á, aí sim, atuando na defesa de um interesse individual, divisível, em benefício destas ou daquelas vítimas). Enquanto se buscar a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção desta condenação.” (CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil. Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, 1995, p. 224-235, pp. 233.) No mesmo sentido, ver: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10 ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2016, p. 73.

⁵¹⁸ Análise crítica semelhante é feita por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 41-64, ago. 2013.

⁵¹⁹ Previsão semelhante está contida nos Projetos de Lei em trâmite sobre a matéria (PL n. 4441/2020; PL n. 4778/2020).

lógica de instrumentalidade e de efetividade processual, ao deixar claro que para a proteção dos direitos relacionados ao consumo, inclusive os individuais de massa, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Ou seja, qualquer espécie de ação ou de procedimento é cabível para a tutela dos interesses individuais homogêneos.⁵²⁰ Do mesmo modo, qualquer tipo de provimento jurisdicional pode vir a ser utilizado para dispensar a tutela requerida, ainda que envolva técnica diversa daquela escolhida pelo demandante.⁵²¹ Nesse sentido, o art. 83 do diploma consumerista proporciona verdadeira cláusula aberta processual, cabendo às partes e ao magistrado a conformação do procedimento, incentivando, inclusive, soluções criativas para a resolução de problemas complexos, sempre com vistas a assegurar a adequada e efetiva tutela dos direitos.

Corroborando com essa percepção, tem-se a existência do microssistema de tutela coletiva, que, em sua leitura mais moderna, permite o diálogo intenso entre a legislação específica que rege o processo coletivo e o Código de Processo Civil. O Código, inclusive, oferece uma pluralidade de técnicas processuais inovadoras, que podem ser utilizadas no processo coletivo, desde que se mostrem adequadas para a tutela do direito.⁵²² O próprio art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz a imposição de fazer ou não fazer mediante ordem sob pena de multa ou de outras medidas atípicas, deve ser lido a partir do art. 139, IV, do CPC, estendendo a possibilidade também para as obrigações de pagar, permitindo, assim, o uso da técnica mandamental para a tutela de direitos individuais homogêneos. Nessa mesma linha, a flexibilização procedimental, a gestão de casos e até mesmo a delegação de

⁵²⁰ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 80. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 319; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 429; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga**.— 2019. n.p.

⁵²¹ DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 347.

⁵²² Nesse sentido: “As regras apresentadas na Lei da Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor não afastam a incidência das novas regras sobre efetivação das decisões judiciais presentes no CPC. Convivem com essas regras de modo harmônico. Eventuais desvantagens eventualmente presentes nas legislações específicas (quando comparadas ao CPC) devem ceder lugar às novas regras da lei processual geral.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 318).

atos, todas analisadas anteriormente, também encontram aplicação no processo coletivo.

Assim, a legislação processual brasileira – nos planos constitucional e infraconstitucional - aplicável aos processos que envolvam a tutela de direitos individuais homogêneos, proporciona uma infinidade de técnicas a serviço da efetivação de direitos reconhecidos judicialmente, possibilitando maior aderência do processo às peculiaridades de cada caso concreto e a proteção integral e efetiva daqueles interesses.

A compreensão de que a sentença condenatória seria a única viável para a tutela de direitos individuais homogêneos, sem a possibilidade de adaptação da técnica processual às peculiaridades do litígio concreto, além de representar uma limitação injustificada, porquanto ausente qualquer restrição constitucional ou legal nesse sentido, se opõe ao objetivo de efetividade da tutela jurisdicional coletiva.⁵²³ Com efeito, já se demonstrou neste trabalho que a técnica de sentença condenatória, tradicionalmente vinculada à regra da tipicidade dos meios executivos e destituída de executividade intrínseca (art. 523, CPC/2015), nem sempre é capaz de proporcionar a tutela de forma efetiva, o que vale também para o processo coletivo. O mesmo pode ser dito em relação à sentença genérica, que afasta ainda mais o processo da efetiva realização do direito individual homogêneo, impondo, necessariamente, a adoção de um procedimento bifásico e complexo.

Talvez a única objeção relevante a essa interpretação não restritiva seria aquela já bem enfrentada e equacionada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que diz respeito à estrutura dos interesses individuais homogêneos, à situação do ente legitimado e à impossibilidade de evitar a incidência dos efeitos do provimento de outra

⁵²³ Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, a interpretação de que a sentença condenatória genérica é o único meio para a tutela de direitos individuais homogêneos apresenta dois problemas: “A uma, por não conferir liberdade ao julgador na eleição do mecanismo mais adequado à satisfação dos interesses materiais, caminhando na contramão de importantes avanços verificados no processo individual. E, a duas, por fazer com que esta restrição, que por si só já seria prejudicial, canalize o litígio para a técnica processual normalmente menos efetiva: a condenação genérica.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 41-64, ago. 2013). No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel ensina que: “Em respeito ao dogma da máxima efetividade do processo, serão pertinentes demandas e, conseqüentemente, sentenças adequadas a cada situação concreta verificada, para o melhor equacionamento da crise no direito material e a pacificação dos conflitos supraindividuais.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328).

ordem, que não a condenatória, por quem dele não se queira valer.⁵²⁴ A dificuldade é afastada pelo fato de que “a impossibilidade concreta de o titular do direito material desconsiderar o efeito do provimento obtido na demanda coletiva (...) é absolutamente normal nas situações concretas, de impossível previsibilidade e regência”.⁵²⁵

O sujeito ainda teria a possibilidade de rediscutir em juízo a questão que lhe diz respeito, caso se sinta prejudicado, já que a coisa julgada, em caso de procedência da demanda, somente poderia lhe beneficiar (art. 103, III, CDC). Acrescente-se que, quando dispensada a técnica condenatória, alguma forma de aceitação acaba sendo concedida pelo indivíduo, como ocorre, por exemplo, no caso das decisões que permitem habilitações mais simplificadas, como se verá adiante.

Portanto, entendemos que o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor deve ser visto como um permissivo para o uso da técnica da sentença condenatória genérica, quando essa se mostrar pertinente no caso concreto. Contudo, é possível – e recomendada – a utilização de outras medidas admitidas pelo microsistema de tutela coletiva, quando mais adequadas para a consecução da tutela pretendida no caso concreto.⁵²⁶

Interpretado à luz da efetividade e da eficiência *no caso*, o art. 95 do CDC se revela como mais uma opção presente no ordenamento processual capaz de conferir ao processo a plasticidade necessária para se adequar às necessidades e às especificidades do direito material tutelado coletivamente. Interpretá-lo como um caminho necessário, porém, representaria uma fraqueza do sistema processual, inclusive à revelia da compreensão contemporânea do processo civil brasileiro.

3.1.2 Primeira tentativa de coletivização da liquidação/execução e o papel de um substituto processual coletivo

Um possível caminho para aprimorar a atual inadequação, falta de efetividade e ineficiência do sistema de tutela de direitos individuais homogêneos previsto no

⁵²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 431.

⁵²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 433.

⁵²⁶ Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 252.

Código de Defesa do Consumidor é evitar a sua reatomização na fase executiva. E para tanto, cabe indagar a possibilidade, um tanto quanto evidente, de se proceder à liquidação e execução propriamente coletivas desses direitos, através de um legitimado coletivo.

Para analisar essa solução, é preciso recordar que o CDC estabeleceu expressamente três tipos de liquidação e de execução da sentença condenatória genérica. São elas: a) aquela promovida pela vítima e pelos seus sucessores, conforme o art. 97, parte inicial; b) aquela mediante representação pelos legitimados de que trata o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão do art. 97, parte final e art. 98; c) aquela prevista no art. 100, em que há legitimação extraordinária e subsidiária dos legitimados do art. 82, para a liquidação e execução do julgado coletivo, transferindo-se à coletividade difusa o produto da reparação civil individual não reclamada.

Lembra-se, também, que a única hipótese de liquidação e de execução efetivamente coletivas é aquela do item c), em que ocorre uma mudança de finalidade no processo inicialmente destinado à tutela de direitos individuais, que passa a buscar a proteção de supostos interesses difusos e coletivos em sentido estrito decorrentes da violação massiva de direitos individuais. Não há, aqui, de rigor, proteção coletiva de direitos individuais, de modo que a modalidade não nos interessa neste momento.

No caso do item b), a liquidação e o cumprimento de sentença, apesar de promovidos por um dos representantes do art. 82, serão autuados como um processo individual, figurando no polo ativo os titulares dos direitos individuais lesados, em regime de litisconsórcio. Assim, embora o texto legal faça menção à “execução coletiva” (art. 98, CDC), nem a liquidação nem a execução serão propriamente coletivas.⁵²⁷ Ainda que a situação não constitua, exatamente, uma execução coletiva de direitos individuais, ao menos facilita o processamento das pretensões dos particulares, na medida em que dispensa a propositura de diversas ações independentes e garante a atuação em juízo por meio de um representante.

No entanto, essa espécie de cumprimento da sentença, malgrado se encontre expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 97 e 98), tem sido

⁵²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 185; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 266.

ou diretamente rejeitada⁵²⁸ ou ao menos limitada por boa parte da doutrina e da jurisprudência. A título de exemplo, para Antônio Herman Benjamin, um dos autores do anteprojeto do CDC e atualmente ministro do STJ, ainda que a execução seja coletiva, o procedimento de liquidação da sentença deve ser, necessariamente, promovido pelos titulares do interesse ou seus sucessores.⁵²⁹ Para Érica Barbosa Silva, por outro lado, apenas a Defensoria Pública, as associações civis e as fundações teriam legitimidade para a liquidação e execução coletivizada, legitimidade esta entendida como subsidiária, diante da preferência dos indivíduos na defesa de seus interesses pessoais com relação aos legitimados coletivos.⁵³⁰

O Superior Tribunal de Justiça assentou a possibilidade de liquidação e de execução por iniciativa das associações, em benefício de seus associados⁵³¹, assim

⁵²⁸ “A liquidação em que se postula o reconhecimento da condição de lesado mais a fixação do quantum devido não se enquadra na tutela coletiva que justifica a legitimidade ativa do Ministério Público, associações e outras entidades elencadas no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.254-1.258).

⁵²⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1445.

⁵³⁰ SILVA, Érica Barbosa. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 106-109. Segundo a autora: “Essa supremacia da legitimidade individual na efetivação do direito individual homogêneo decorre da natureza do direito defendido, pois é certo que os indivíduos terão melhores condições de defender direito próprio pessoalmente. Nesse momento, há uma busca pela reparação individual ligada ao dano que foi reconhecido na sentença genérica. O ressarcimento devido em caráter genérico será agora individualizado. Está claro que o próprio lesado terá mais condições de demonstrar o seu dano pessoal. Outrossim, o nexa com o dano globalmente reconhecido e o quantum debeatur equivalente a sua parcela serão mais facilmente demonstradas se individualmente. Por essa razão há quem defenda a total ilegitimidade dos entes estabelecidos pelo art. 82 no cumprimento da sentença antes dos próprios lesados. Essa contudo, não parece a solução acertada (...). Existe uma posição intermediária sobre o tema, e seus argumentos parecem mais adequados. Essa corrente doutrinária não defende a ilegitimidade, mas a preferência dos indivíduos na defesa de seus interesses pessoais com relação aos legitimados coletivos. (...) Já para os demais entes, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, como visto, verifica-se a legitimidade para a ação cognitiva diante da natureza pública dessas pessoas, presumindo o interesse material. Entretanto, diante do caráter individual que requer a execução coletiva para os lesados, há ilegitimidade desses entes. Está claro que não poderiam atuar especificamente em defesa de cada um dos lesados. Contudo, pela finalidade institucional, a Defensoria Pública, as associações civis e as fundações de direito privado têm total legitimidade para atuar na defesa dos interesses de seus representados nessa fase processual. Todavia, pela individualidade que requer a execução, devem não só especificar todos os lesados, mas ainda demonstrar a devida regularização para tal defesa, ou seja, devem apresentar instrumento de mandato competente.”

⁵³¹ [...] sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados. Viabiliza-se a satisfação de créditos individuais que, por questões econômicas, simplesmente não ensejam a instauração de custosos processos individuais. (...) Recurso não conhecido” (STJ, REsp 880.385/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 16/09/2008). Um esclarecimento: nos Embargos de Declaração no RE 573.232, o Ministro Marco Aurélio de Mello elucidou que nas ações civis coletivas de consumo as associações atuam na qualidade de substitutas processuais (artigo 5º da LACP e artigo 82 do CDC), e não de

como pelos sindicatos em favor da categoria representada.⁵³² No entanto, em relação ao Ministério Público, o Tribunal decidiu pela ausência de legitimidade para a liquidação e execução da sentença genérica em favor dos particulares, dada a “conformação constitucional do órgão e o escopo precípua dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que (...) não perdem sua natureza disponível”⁵³³, ainda que tratados coletivamente. Nessa linha, Luiz Rodrigues Wambier sustenta que a defesa de interesses individuais homogêneos pelo *Parquet* seria inconstitucional até mesmo na fase de conhecimento, exceto quando indisponíveis, ressalva feita pela própria Constituição Federal, em seu art. 127.⁵³⁴

Esse entendimento, contudo, não é unânime. Para Ada Pellegrini Grinover, também ela uma das autoras do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, a legitimidade do órgão, como representante, também se justificaria para a fase de execução, após as liquidações realizadas de forma individual, porquanto o interesse social se reestabelece em função do tratamento coletivo das pretensões executivas.⁵³⁵ Para José Carlos Van Cleef de Almeida Santos, no mesmo sentido, apesar de a situação ser improvável, caso o Ministério Público conheça as peculiaridades dos danos individuais e seus titulares permaneçam inertes, poderá promover a liquidação

representantes processuais, como ocorre no caso das ações coletivas ordinárias (artigo 5º, XXI, da Constituição). Apesar das confusões sobre o tema na jurisprudência, o STJ já reconheceu a atuação das associações para as ações civis coletivas como substitutas, independentemente de autorização específica de seus associados (AgIntREsp 1.719.820; AgREsp 1.516.102; EDclAgREsp 476.895; AgIntREsp 1.799.930, REsp 1.649.087; REsp 1.554.821; EDclREsp 1.405.697, REsp 1.243.887 e REsp 1.391.198).

⁵³² Nesse caso, contudo, os sindicatos possuem legitimidade para atuar na defesa de direitos individuais homogêneos da categoria representada, mas na qualidade de substitutos processuais (REsp 1560766/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 19/05/2016).

⁵³³ REsp 869.583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012.

⁵³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 298. No mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues faz a ressalva: “Embora fale da legitimidade dos entes do art. 82 para a propositura das ações de liquidação (direito individual), é certo que a regra deve ser interpretada com grão de sal, tendo em vista que ninguém admitirá, sob pena de ofensa à CF/88, que o Ministério Público promova, por exemplo, procedimento liquidatário para identificar eventual direito disponível e individual de alguma vítima ou sucessor que tenha sido alcançado pelo efeito *erga omnes* da sentença condenatória genérica. Também não há a justificativa da representação adequada que motiva a legitimidade do art. 82 do CDC. No caso vertente do art. 98, têm-se em relação à legitimidade as regras típicas de uma lide individual.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 261).

⁵³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.— 2019. n.p.

e a execução das pretensões, por representação.⁵³⁶ É possível, por fim, encontrar na doutrina quem sustente a legitimidade do Ministério Público para fase de liquidação e cumprimento, como substituto processual, com fundamento no art. 127, CF, diante do evidente interesse social que as demandas de massa representam e no fato de que, para esses autores, os direitos individuais homogêneos, quando agrupados, assumiriam qualidade de indisponíveis.⁵³⁷

Ao nosso ver, não deve prevalecer o entendimento de que com a sentença condenatória transitada em julgado, simplesmente desapareceria a legitimação por substituição do ente coletivo, ficando autorizado somente a propor, excepcionalmente, a liquidação individual em regime de representação ou a demanda do art. 100, CDC.

O que sustentamos é que os entes indicados no art. 82, inclusive o Ministério Público, têm, na realidade, uma legitimidade concorrente e coordenada com os indivíduos atingidos para promover o cumprimento da sentença coletiva em seu favor. A atividade dos legitimados deve consistir, basicamente, em conduzir e organizar os meios de execução em favor dos particulares, cabendo-lhes, por exemplo: i) propor e acordar a utilização de técnicas mais efetivas e eficientes à reparação dos danos no caso concreto, em ralação ao procedimento tradicional do diploma consumerista; ii) atuar quando a homogeneidade ou uniformidade dos direitos individuais persista na fase de liquidação e cumprimento; ou mesmo iii) requerer e acompanhar o cumprimento pelo réu coletivo de uma determinação mandamental uniforme.⁵³⁸ Ou

⁵³⁶ SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. A legitimidade do Ministério Público na liquidação e na execução das sentenças genéricas que tutelam direito individual homogêneo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 501-534, fev. 2013.

⁵³⁷ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 109; SCHENKEL, Carolina Trentini. Defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: a legitimidade do Ministério Público na liquidação e execução de sentenças condenatórias genéricas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 299, p. 213-228, jan. 2020.

⁵³⁸ Esse nos parece ser o entendimento de Ricardo de Barros Leonel. Confira-se: “Os únicos casos em que, excepcionalmente, seria possível sustentar ter o MP legitimidade também para a execução coletiva em benefício dos indivíduos, seriam aqueles em que a homogeneidade ou uniformidade também persistisse na execução. Isso ocorreria, por exemplo: (a) se a execução indireta ou imprópria envolvesse obrigações de fazer ou de não fazer uniformes para todos os indivíduos, e que pudessem ser tratadas de modo único (por exemplo, exigir que a instituição financeira comprovasse o depósito dos valores devidos, de modo uniforme, em prol dos interessados; exigir que a empresa de planos de saúde comprovasse o desconto das mensalidades dos seus usuários, dos valores cobrados indevidamente, conforme reconhecido em sentença); (b) ou então, mesmo no caso de execução por quantia, quando o dano individualizado fosse, ele também, uniforme ou homogêneo, e disperso por grande número de indivíduos (por exemplo, supondo que os milhares de lesados tenham que receber exatamente o mesmo valor: nesse caso, a execução dar-se-ia pelo valor global, sendo posteriormente autorizados os levantamentos individuais). A excepcionalidade desses casos, e a identificação do interesse social, uniforme e homogêneo na fase da execução em benefício dos indivíduos, ficariam evidenciadas nesse panorama.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 416)

seja, o ente coletivo deve prezar pela reparação dos danos individuais ao longo de todo o feito, inclusive na fase de efetivação, atuando em colaboração com os indivíduos (art. 6º, CPC).

Como é intuitivo, essa atuação não depende de mandato, já que não se confunde com a liquidação ou execução por representação judicial. A legitimidade aqui envolve uma forma de substituição processual, em que o substituto, em nome próprio e como parte, faz valer em juízo um direito alheio.⁵³⁹ A peculiaridade no caso da liquidação e execução de direitos individuais homogêneos, conforme se extrai do próprio art. 91, do CDC é a de que, apesar de haver um sujeito legitimado atuando em nome próprio, na defesa de direitos alheios, o faz “no interesse das vítimas ou seus sucessores”, e não em interesse próprio, como ocorre na generalidade dos casos de substituição.⁵⁴⁰ Essa situação, inclusive, já foi considerada por Piero Calamandrei como intermediária entre a substituição e a representação,⁵⁴¹ quase como uma forma de “representação sem necessidade de autorização”. É justamente o que ocorre, segundo o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, exarado no RE 210.029, na atuação dos sindicatos e até mesmo das associações.⁵⁴²

⁵³⁹ Aqui, vale registrar a diferenciação feita por Piero Calamandrei: “(...) enquanto o representante afirma em juízo um direito de outrem em nome de outrem (ou seja, um direito do representado em nome do representado), o substituto afirma um direito de outrem em seu próprio nome (ou seja, um direito do substituto no nome do substituto); o que significa que enquanto na representação a parte em disputa é o representado e não o representante, na substituição a parte em disputa é o substituto e não o substituto.” (Tradução livre); (CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. In: **Opere giuridiche—Volume IV**: Istituzioni di diritto processuale civile. Roma TrE-Press, 2019, p. 478).

⁵⁴⁰ O substituto processual, segundo Calamandrei, é legitimado a fazer valer em juízo um direito alheio, porque entre ele e o substituído subsiste uma relação ou situação de direito substancial, em razão da qual, através do exercício do direito do substituído, se satisfaz um interesse individual do substituto. É esse interesse individual que legitima o poder dado ao substituto de fazer valer em nome próprio o direito alheio. (CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. In: **Opere giuridiche—Volume IV**: Istituzioni di diritto processuale civile. Roma TrE-Press, 2019, p. 479).

⁵⁴¹ O autor descreve a figura intermediária: “No entanto, as características distintivas entre representação e substituição nem sempre são tão nítidas: entre a figura do substituto que afirma um direito de outrem (do substituto) em seu próprio nome e interesse, e a figura do representante que afirma um direito de outrem (do representado) em nome e no interesse de terceiros, a lei oferece várias figuras intermediárias de sujeitos com direito a fazer valer o direito de outrem em seu próprio nome (o que sugere formalmente a substituição), mas no interesse de outros (que se refere substancialmente à representação)”.

⁵⁴² “Lembro alguns casos desta espécie de legitimação: 1) do CIDADÃO, na ação popular, em que defende de direito coletivo (art. 5º, LXXIII); 2) do PARTIDO POLÍTICO, com REPRESENTAÇÃO no congresso Nacional, no mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º LXX, a); 3) da ORGANIZAÇÃO SINDICAL, da ENTIDADE DE CLASSE ou ASSOCIAÇÃO, no mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX); 4) das ASSOCIAÇÕES que tenham por finalidade a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, na defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, o CDC dispensa, expressamente, a autorização da assembleia (Código de Defesa do Consumidor, L. 8.078, de 11.09.90,

Dentre os fundamentos que respaldam a hipótese defendida, podemos citar, primeiro, a própria legitimidade conferida pelo art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. A norma contida no dispositivo, embora volta e meia enxergada de forma apequenada como simples regra de legitimidade para a fase de conhecimento, estabelece que a *defesa* dos interesses e direitos das vítimas poderá ser exercida à título coletivo.

Na linha do que vem sendo desenvolvido neste trabalho, a garantia do processo efetivo e o cumprimento da promessa de acesso à justiça dependem, necessariamente, da concreta implementação dos direitos, para além da sua simples afirmação. Na situação em análise, a *defesa* dos interesses e dos direitos das vítimas envolve, naturalmente, a sua execução.

Nesse sentido, tem-se que interpretar o dispositivo de modo a limitar a legitimidade dos entes coletivos ao momento de prolação da sentença genérica, ou melhor, ao trânsito em julgado da decisão final no processo de conhecimento, deixando a liquidação e a execução à sorte de cada uma das vítimas, é ignorar a garantia contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e se contentar com uma suposta “realização” do direito no plano meramente discursivo,⁵⁴³ o que é obviamente ficcional. A situação é agravada quando considerado o *déficit* informacional que aflige a massa de atingidos e as diversas barreiras econômicas que dificultam o

art. 81, art. 82, III, e art. 91); 5) do CONSELHO FEDERAL DA OAB, na defesa dos interesses coletivos e individuais dos advogados (L. 8.906, 04.07.1994, art. 54, II); 6) dos SINDICATOS (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 210.029 / RS. Tribunal Pleno, Min. Relator Carlos Velloso, d.j. 12/06/2006).” Nesse sentido, Carolina Trentini Schenkel defende que “na segunda fase processual, atua o Ministério Público enquanto substituto processual na defesa de interesses originariamente homogêneos a serem individualizados.” (SCHENKEL, Carolina Trentini. Defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: a legitimidade do Ministério Público na liquidação e execução de sentenças condenatórias genéricas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 299, p. 213-228, jan. 2020)

⁵⁴³ Assim, também, SCHENKEL, Carolina Trentini. Defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: a legitimidade do Ministério Público na liquidação e execução de sentenças condenatórias genéricas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 299, p. 213-228, jan. 2020; ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 103-105. Segundo Gustavo Milaré Almeida: “(...) considerando que (...) a devida proteção jurisdicional de qualquer direito não se limita à prolação da respectiva sentença de mérito, mas compreende também a sua satisfação, como ressaltado na introdução deste trabalho (caso contrário, não teria porque tanto se buscar, justamente, a chamada efetividade processual), tenho para mim que se certo ente (aferida a sua pertinência temática) está legitimado a ajuizar determinada ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, por igual razão possui legitimidade para satisfazer a correspondente tutela jurisdicional prestada.” O autor também se utiliza da máxima “quem pode o mais, pode o menos” para defender a legitimidade na fase executiva: “partindo da premissa de que se aplica à processualística civil a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos, se se legitima uma associação para pleitear a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, parece-me ilógico que não se admita a sua legitimidade apenas para satisfazer essa tutela, sobretudo, considerando que tal providência integra o adequado exercício desta.” (p. 115)

endereço individual das pretensões, sobretudo nas ações coletivas que buscam endereçar “danos de bagatela”, em que a disponibilidade para o exercício do direito é praticamente aniquilada, como já se demonstrou no presente trabalho, à luz de uma análise econômica bastante simples.

A garantia do processo efetivo, portanto, determina que a legitimidade do ente coletivo se estenda à fase de efetivação da sentença, a fim de que contribua para a definição da técnica executiva mais adequada às peculiaridades da situação concreta, junto ao magistrado e à parte ré, permitindo, também, o acompanhamento de seu cumprimento em favor dos indivíduos.

Vale frisar, ainda, que a redação atual do art. 18 do CPC milita nesse mesmo sentido, ao estabelecer que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”, e segue o dispositivo, “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”, justamente como na hipótese. Não faria sentido imaginar que a autorização para “defesa” em juízo dos interesses individuais homogêneos poderia ser uma “meia autorização”, manietada justamente de seus mecanismos de efetivação.

A questão da legitimidade para a fase de cumprimento da sentença também pode ser analisada a partir de ótica semelhante à da teoria dos poderes inerentes ou implícitos. Segundo essa doutrina, originada no precedente *McCulloch vs. Maryland* da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando a ordem constitucional atribui determinada atividade-fim a um dado órgão, concede-lhe, automaticamente, todos os meios necessários para a realização dessa atribuição. Aplicando esta lógica, a legitimidade dos entes do art. 82, CDC para a realização prática do julgado coletivo, em favor dos indivíduos, seria consequência natural da atribuição institucional que lhes foi conferida pela Constituição e pelo microssistema de tutela coletiva para a *defesa* dos direitos individuais homogêneos, dispensando-se previsão expressa nesse sentido.

É necessário destacar, por fim, que o caráter individual homogêneo dos direitos, que justificou em um primeiro momento a legitimação coletiva por substituição, permanece mesmo após a prolação da sentença, assim como o seu elemento caracterizador, qual seja, a sua origem comum (art. 81, III do CDC).⁵⁴⁴ Na realidade, modifica-se, na fase de liquidação e cumprimento da sentença, apenas a atividade a ser desempenhada pelos autores do processo, que agora devem buscar

⁵⁴⁴ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 105.

a individuação das situações jurídicas dos particulares e a reparação dos danos sofridos. Nessa medida, não há razão para alterar supervenientemente a legitimidade processual, desautorizando, assim, a promoção da liquidação e da execução dos direitos individuais pelos entes enumerados no art. 82, CDC, ou de modo a limitar a sua atuação à mera representação. A propósito, em nenhum momento a lei vincula a “execução coletiva” prevista nos arts. 97 e 98, do CDC, ao regime de representação.⁵⁴⁵

Poder-se-ia afirmar que a legitimidade por substituição, sem necessidade de autorização, comprometeria a própria disponibilidade do exercício do direito pelo particular. Novamente, lembramos que a atuação do ente coletivo deve estar voltada a facilitar o recebimento das indenizações pelos particulares e que haverá, na generalidade dos casos, alguma forma de aceitação pelos indivíduos. Ainda assim, caso fique evidenciada alguma situação de prejuízo, há sempre a possibilidade de discussão individual em juízo, considerando que a imutabilidade que atinge o indivíduo no processo coletivo é somente aquela que lhe seja favorável. Ademais, acrescente-se que a disponibilidade desses direitos é relativizada diante dos entraves econômicos e informacionais criados pelo procedimento do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no caso das pretensões de bagatela, hipótese em que a atuação coletiva do legitimado pode vir a ser essencial para evitar o total fracasso da função reparatória da ação coletiva.

Ultrapassado o prazo de um ano e presentes os requisitos previstos no art. 100, fica autorizada ainda a propositura da execução em favor do Fundo (FDD), com a finalidade de beneficiar interesses difusos ou coletivos *stricto sensu* e,

⁵⁴⁵ Edilson Vitorelli, inclusive, critica essa interpretação dos art. 97 e 98: “Se o art. 97 afirma que a legitimidade para liquidação é das vítimas e de seus sucessores, *assim como* dos legitimados coletivos, a relação estabelecida é de igualdade, não de precedência (...) Quanto ao art. 98, se ele afirma que a execução poderá ser promovida pelos legitimados coletivos, permitir que estes o façam apenas na situação do art. 100 (em benefício do fundo) o torna inútil, pois, para tanto, bastaria o próprio art. 100. E quando o dispositivo condiciona essa execução à prévia liquidação, não exige que a liquidação tenha sido promovida “pelos próprios titulares ou sucessores”, como textualmente afirma o julgado. É até inusitado pensar na possibilidade de que todas as vítimas contratassem advogados e ajuizassem liquidações individuais para depois devolver os títulos líquidos para execução coletiva. (...) Essa má compreensão dos arts. 97 e 98 do CDC, aliada ao pressuposto de que a vítima é essencial para a liquidação do dano, tem militado enormemente contra a efetividade do processo coletivo e causado pesadelos aos juízes. De muito pouco adianta decidir uma questão coletivamente se ela terá de ser liquidada e executada individualmente. Toda a vantagem de ser resolvida a lesão de massa em um único processo se esvairá. Tudo o que o processo coletivo pretende evitar — proliferação de decisões conflitantes, assoberbamento do Poder Judiciário, não reparação das lesões de massa — serão problemas apenas adiados, não resolvidos” (VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região.** — Brasília: ESMAF, 2014, p. 100-101).

principalmente, de proteger a ordem jurídica através do inerente efeito dissuasório. Ao nosso ver, o Código concede ao ente legitimado uma opção viável, uma válvula de escape, para aqueles casos em que, por alguma razão, não haja interesse por parte das vítimas de obter a reparação individual ou mesmo indireta, mesmo diante dos esforços por parte do legitimado coletivo. A indenização em favor do Fundo (FDD), portanto, não deve ser vista como obrigatória ou como a única forma possível de reparação indireta, mesmo porque, como visto, ela não tem aptidão para proteger direitos individuais. Considerando que a função da ação e do legitimado coletivo é atingir, com prioridade, a tutela reparatória dos indivíduos e que a pretensão individual persiste para além do prazo de um ano, entendemos que, uma vez evidenciada a situação de baixa aderência à liquidação da sentença coletiva, o legitimado deve passar a diligenciar, com liberdade, a melhor forma, isso é, mais efetiva e eficiente, de atingir a reparação dos danos individuais no caso concreto, ainda que de forma indireta, atingindo, por consequência, o desejado efeito dissuasório. O art. 100, CDC, portanto, não traz uma legitimidade especial, antes inexistente, para a atuação do legitimado, mas lhe oferece uma alternativa possível, que merece aplicação subsidiária e somente se for adequada no caso concreto.

3.1.3 A possibilidade de negociação na tutela coletiva

Outra importante premissa do paradigma proposto na presente investigação para a efetividade e eficiência da tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos é o uso crescente de técnicas autocompositivas para a resolução de litígios de dimensão coletiva, bem como a possibilidade de negociações sobre o processo. Ainda que o objeto central do presente trabalho seja a liquidação e a execução de direitos individuais homogêneos, ambos os temas destacados são de grande importância, considerando a possibilidade de o acordo substituir a sentença condenatória, como título executivo, na forma do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85 ou do art. 515, inc. II e III, do CPC/2015, e de os negócios jurídicos processuais versarem sobre a flexibilização do procedimento coletivo, inclusive na fase de liquidação e de execução.

Iniciamos a abordagem a partir das técnicas de autocomposição, que consistem em métodos de resolução de conflitos em que as próprias partes envolvidas superam a controvérsia em consenso, sem a necessidade de imposição da autoridade

de um terceiro.

A consolidação de diversos instrumentos autocompositivos costuma ser associada à chamada terceira onda renovatória de acesso à justiça, provocada pela percepção de que para certas espécies de conflitos o tradicional processo litigioso “pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos”⁵⁴⁶, o que resultou no fortalecimento de “métodos alternativos”⁵⁴⁷, em sua maioria conciliatórios. Nesse contexto, buscou-se implementar um modelo de justiça “multi-portas” integrado ao Poder Judiciário, capaz de proporcionar aos jurisdicionados diversos métodos de solução de conflitos. Essa noção foi captada pela sistemática dos Juizados Especiais Cíveis, pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça - que inaugurou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos⁵⁴⁸ -, e, finalmente, pelo Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, o Código vigente adota clara política de fomento à autocomposição, estimulando a adoção de uma postura não-adversarial pelos litigantes e a tomada de soluções negociadas em diversos de seus dispositivos, a exemplo dos §§ 2º e 3º, do art. 3º.

Dessa forma, ao menos no âmbito do processo individual, pode-se dizer atualmente superada a noção de que apenas a sentença, a solução adjudicada, seria capaz de alcançar a resolução de conflitos. Pelo contrário, cada vez mais reafirma-se a preferência pelas decisões consensuais, a exemplo da conciliação e da mediação, que permitem a participação democrática dos envolvidos e produzem, via de regra, melhores resultados em termos de pacificação social.⁵⁴⁹

No âmbito dos direitos coletivos *lato sensu*, as possibilidades de autocomposição aparecem de forma mais tímida, normalmente reduzidas ao chamado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Esse instrumento, que, de certo modo, viabiliza uma solução acordada e permite a dispensa da propositura de demanda

⁵⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, ano 19, n. 74, p. 82-97, 1994, pp. 87.

⁵⁴⁷ Na tentativa de desvincular a ideia de métodos autocompositivos como alternativa, como uma justiça de menor qualidade, Paula Costa e Silva afirma que “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução e conflitos se forem os modos adequados de resolução destes conflitos.” (E SILVA, Paula Costa. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias: relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino**. Coimbra Editora, 2009, p. 19-21).

⁵⁴⁸ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio G.L.; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Org.). **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012, p. 57 – 85, pp. 79.

⁵⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta jurídica, 2016, p. 66.

judicial, encontra previsão no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com redação dada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Segundo o texto da lei, “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. No aspecto subjetivo, a redação dada pelo CDC estendeu a possibilidade de celebração do compromisso a todos os órgãos públicos legitimados à tutela coletiva, antes restrita ao Ministério Público.⁵⁵⁰ Quanto ao objeto, tem-se afirmado, tradicionalmente, que o compromisso serviria apenas para o ajuste de comportamentos à legalidade e para a previsão de sanções em caso de descumprimento, sem que houvesse verdadeira possibilidade de dispor ou transacionar sobre o conteúdo da obrigação.⁵⁵¹ A margem para negociação diria respeito somente às questões periféricas à obrigação legal, relativas ao tempo, ao lugar e ao modo de seu cumprimento.⁵⁵²

Essa limitação quanto ao conteúdo do TAC, e a resistência em relação aos métodos autocompositivos na tutela coletiva de um modo geral, está associada à premissa generalizada de que os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não comportariam autêntica negociação, em razão de sua indisponibilidade.⁵⁵³ Nesse sentido, os legitimados coletivos atuariam na proteção de interesses transindividuais ou pertencentes a outros indivíduos, em regime de substituição, de modo que, não sendo titulares dos direitos a que estão autorizados por lei a defender, a princípio deles não poderiam dispor ou renunciar.⁵⁵⁴

Nada obstante, grande parte da doutrina contemporânea tem rejeitado o mencionado dogma da indisponibilidade absoluta dos direitos coletivos e passado a

⁵⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017, p. 43.

⁵⁵¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 236.

⁵⁵² RODRIGUES, Geisa de Assis. **Termo de Ajustamento de Conduta: a construção de uma solução extrajudicial de conflitos transindividuais democráticos**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2000.

⁵⁵³ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016.

⁵⁵⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. **Coleção Repercussões no Novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 349 – 350; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017, p. 61- 62.

admitir a transação sobre tais interesses, sempre que a negociação busque promover a efetivação dos direitos em favor dos substituídos.⁵⁵⁵ Nesse sentido, inclusive, vale lembrar que o art. 3º, § 2º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) permite o acordo sobre direitos indisponíveis transacionáveis.⁵⁵⁶ Na mesma lógica, a Resolução nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, recomenda a negociação mediante TAC para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como legitimado coletivo universal (art. 8º), enquanto a Resolução nº 179/2017, muito embora vede a realização de concessões que impliquem renúncia aos direitos coletivos e individuais homogêneos, permite expressamente a negociação sobre a interpretação do direito para o caso concreto, bem como sobre a compensação e a indenização de danos concretizados (art. 1º, § 1º). Além disso, destacam-se cada vez mais os potenciais benefícios da autocomposição na tutela coletiva, dentre eles a redução de gastos e de tempo para a solução dos conflitos e a promoção de soluções voluntárias, democráticas e mais estáveis.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ A doutrina mencionada defende a superação desse dogma, em diferentes graus. Elton Venturi argumenta que “não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização” (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016). De modo semelhante, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. afirmam que “a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETTI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017, p. 61-62). Já Humberto Dalla Bernardino de Pinho afirma que “a indisponibilidade deve ser circunscrita apenas à renúncia do direito” e que “não haveria óbice à renúncia de, por exemplo, uma obrigação acessória ou até mesmo principal, se não se referir ao núcleo do dever central.” (DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 2, 2018, p. 118-148, pp. 121-122). Com mais ressalvas, Alexandre Amaral Gavronski afirma que o legitimado não estará “dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar que o direito coletivo invocado é aplicável àquela determinada situação concreta e definindo as condições e especificações sem as quais a sua efetividade ficaria prejudicada” e ainda que “as concessões do legitimado coletivo não versam sobre o conteúdo dos direitos propriamente dito, mas sobre as condições em que se dará a implementação do direito, podendo, com elas, contemplar vários interesses legítimos do apontado responsável” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. **Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 353-356).

⁵⁵⁶ Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

⁵⁵⁷ Por todos: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 137-139.

Todo esse movimento incentiva a utilização dos métodos autocompositivos na seara coletiva, com mais liberdade negocial, seja por meio de TAC ou simplesmente por acordos, antes ou depois de instaurada a demanda judicial.⁵⁵⁸ Ademais, parece não haver limitação para a negociação por legitimados privados em se tratando de transação homologada em juízo.⁵⁵⁹ Essa tendência também vêm sendo observada na prática, na atuação dos entes legitimados para a defesa de interesses de grupo, cada vez mais instigados a buscar soluções criativas para os problemas que lhes são apresentados. Como exemplos, podem ser citados o caso do TAC celebrado pela “Netshoes”, empresa de comércio eletrônico de produtos, com o Ministério Público (MPDFT), em virtude do vazamento de dados pessoais de quase dois milhões de cliente espalhados por todo o Brasil⁵⁶⁰, assim como o acordo coletivo dos planos econômicos, celebrado por associações privadas, mediado pela Advocacia Geral da União e homologado judicialmente pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁶¹ Nestes casos foram transacionados, respectivamente, interesses coletivos e individuais homogêneos – nessa última hipótese, o acordo depende da adesão dos indivíduos e de sua aceitação quanto aos valores relativos aos danos. Para além disso, todos os projetos de lei atualmente em trâmite sobre o tema (PL n. 4441/2020⁵⁶²; PL n. 4778/2020⁵⁶³) preveem a possibilidade de qualquer litígio coletivo ser resolvido por

⁵⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abella. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 138; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. **Coleção Repercussões no Novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 346-347.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, o STF, na ADPF 165, homologou o acordo dos planos econômicos, firmados por associações, destacando a “viabilidade do acordo firmado por legitimados coletivos privados, em processo de índole objetiva, dada a existência de notável conflito intersubjetivo subjacente e a necessidade de conferir-se efetividade à prestação jurisdicional”, constando ainda: “decisão do Supremo Tribunal Federal que assume o caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro, como forma de ampliação do acesso à Justiça, diante da disseminação das lides repetitivas no cenário jurídico nacional atual e da possibilidade de solução por meio de processos coletivos.” Na doutrina: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017, p. 43.

⁵⁶⁰ Para análise específica sobre o acordo, ver: FACHINELLO, João Antonio Tschá. Acordos e tutela coletiva: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da Netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, jul./dez. 2019, p. 85-112.

⁵⁶¹ Sobre o acordo, a análise crítica proposta por Edilson Vitorelli: VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. **JOTA**, 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

⁵⁶² Conforme previsão dos artigos 29 e 30 do Projeto de Lei.

⁵⁶³ “Art. 29. Todo litígio coletivo pode ser resolvido por meio de acordo ou Termo de Ajustamento de Conduta.”

meio de acordo ou TAC.

Vale destacar que essa passagem, da ação coletiva *decidida judicialmente* para o acordo, ocorreu de forma bastante semelhante, porém muito mais intensa, no direito estadounidense. Nesse sentido, Richard Nagareda narra que, no início da década de 1990, os atores do processo começaram a perceber o potencial da *class action* para funcionar menos como um procedimento para o julgamento de lides coletivas e mais como um instrumento de *enforcement* para acordos elaborados pelos advogados fora da corte.⁵⁶⁴ É evidente que a distribuição das indenizações aos indivíduos não pode ignorar a necessidade de resultados justos e precisos, razão pela qual as discussões normalmente são transportadas para estruturas privadas e burocráticas, normalmente coordenadas por auxiliares da Corte e submetidas ao controle judicial, nas quais os indivíduos deverão se habilitar, demonstrar a sua titularidade e a extensão do dano, de acordo com grades de compensação preestabelecidas no acordo.⁵⁶⁵ Ainda assim, o regime é muito mais eficiente do que o modelo adjudicatório, que envolve o julgamento e a demonstração em juízo dos prejuízos individuais, o que é raro atualmente no direito estadounidense, onde a maioria dos litígios coletivos são resolvidos pela formalização de acordo.⁵⁶⁶ Sem ignorar as pertinentes críticas formuladas por Owen Fiss em 1984, em seu clássico “*Against Settlement*”, em que apresenta um argumento bastante sólido contra a celebração de acordos nos casos que mereçam o olhar público e envolvam a articulação de importantes valores sociais⁵⁶⁷, a doutrina e a prática estadounidenses passaram a enxergar na solução negociada uma resposta madura da sociedade aos danos morais e materiais ocorridos em massa, tomando a própria resolução eficiente de litígios massificados como um valor público a ser observado.⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ NAGAREDA, Richard A. **Mass torts in a world of settlement**. University of Chicago Press, 2008, p. 72 e 73. Segundo o autor, a ideia básica de um acordo coletivo envolvendo *mass tort* consiste na “compra” pelo réu dos direitos de litigar dos membros da classe, precluindo a possibilidade de rediscutirem a questão em juízo, o que resulta, após a aprovação judicial da transação, na resolução definitiva do conflito em relação ao causador do ilícito, de acordo com o princípio da finalidade. O incentivo para que os indivíduos abram mão de seu direito de apresentar em juízo os elementos fáticos de sua situação particular, pelo oferecimento de valores monetários pelo réu, acaba dando resolução rápida ao conflito e reduzindo drasticamente o custo para as partes, assim como o custo direito para o Poder Judiciário, o que resulta em um processo de reparação mais eficiente.

⁵⁶⁵ ZIMMERMAN, Adam S. Distributing Justice. **NYUL Rev.**, v. 86, p. 500-572, 2011, pp. 512.

⁵⁶⁶ ZIMMERMAN, Adam S. Distributing Justice. **NYUL Rev.**, v. 86, p. 500-572, 2011, pp. 507.

⁵⁶⁷ FISS, Owen M. Against settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984.

⁵⁶⁸ ISSACHAROFF, Samuel; KLONOFF, Robert H. The Public Value of Settlement. **Fordham L. Rev.**, v. 78, p. 1177- 1202, 2009, pp. 1200 e ss.

O cenário estadunidense de acordos sobre pretensões individuais de massa se assemelha ao caso brasileiro da reparação monetária de direitos individuais homogêneos, campo em que as soluções acordadas também vêm ganhando maior espaço, como já se adiantou. Muito embora esses direitos sejam geralmente patrimoniais disponíveis, costumam ser tidos como indisponíveis para os legitimados coletivos, que atuam em defesa dos interesses de terceiros. Não obstante, nada impede que no caso de violação de direitos individuais homogêneos, em que se busca a reparação de quantia em dinheiro, instaurada ou não a demanda judicial, o legitimado coletivo firme acordo sobre a responsabilidade do réu, assim como negocie parâmetros indenizatórios que simplifiquem a atividade de liquidação para os indivíduos.⁵⁶⁹ O PL 4441/2020, da “Nova Lei Ação Civil Pública”, a propósito, prevê amplo regramento sobre a negociação em matéria de direitos individuais homogêneos.⁵⁷⁰

Além disso, os legitimados do art. 82, do CDC estão aptos a celebrar negócios jurídicos processuais coletivos, sempre que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos interesses em jogo. Nesse sentido, a propósito, a já mencionada Resolução nº 118/2014 do CNMP

⁵⁶⁹ Segundo Alexandre Amaral Gavronski, nessas situações “ao apontado responsável a composição consensual poderá interessar evitar o desgaste de tempo, dinheiro e imagem que poderá experimentar com o trâmite do processo, especialmente nos casos em que sua responsabilidade for evidente” (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. **Coleção Repercussões no Novo CPC:** processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347).

⁵⁷⁰ Art. 30 Os conflitos envolvendo direitos individuais homogêneos poderão ser objeto de autocomposição parcial, total, definitiva ou temporária por meio de acordo coletivo.

§1º A celebração de acordo coletivo poderá ser realizada por qualquer dos legitimados, públicos ou privados.

§2º O acordo sobre direitos individuais homogêneos somente vincula o membro do grupo que a ele aderir.

§3º Caso não adira ao acordo, o membro do grupo poderá propor ação individual.

§4º O membro do grupo poderá solicitar cópia do acordo e documentos que o instruem, para a propositura da ação individual de prevista no §3º, no foro do seu domicílio e nos outros previstos no parágrafo único do art. 516 do Código de Processo Civil.

§5º Celebrado acordo por associação que tenha autorização específica de seus membros para essa prerrogativa, são dispensáveis audiência pública, manifestação do Ministério Público e homologação judicial, ficando a eficácia do acordo restrita a seus membros.

§6º Os titulares de direitos individuais em circunstâncias equivalentes, ainda que não associados nos termos do §6º, poderão aderir ao acordo.

§7º Submetido o acordo coletivo à homologação judicial, deverá ser dada ampla publicidade aos membros do grupo, preferencialmente por meio eletrônico, a fim de que recebam as informações necessárias para eventual adesão.

§8º Os membros do grupo poderão apresentar objeções aos termos do acordo em até quinze dias após prazo fixado pelo juiz, que, se entender pertinente, convocará audiência pública para esclarecimentos e definições relevantes.

§9º A efetivação do acordo poderá ensejar o arquivamento do inquérito civil ou procedimento investigatório e a extinção da ação judicial a eles relacionados.

disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Ademais, todos os projetos de lei atualmente em trâmite sobre o tema (PL n. 4441/2020; PL n. 4778/2020) incentivam a realização de negócios jurídicos processuais, inclusive na fase de cumprimento de sentença.⁵⁷¹

A negociação sobre o processo pode ser útil, por exemplo, para que as partes estabeleçam formas alternativas à liquidação e à execução das indenizações, facilitando a participação e a adesão individual, como ocorre no caso da distribuição dos valores através de câmaras de indenização ou de entidades de apoio, mediante a habilitação e adesão de interessados.

Finalmente, recomenda-se a homologação judicial da transação, com o verdadeiro exame de mérito da negociação e a verificação da adequada representação pelo legitimado coletivo, sobretudo quando o acordo fuja do mero ajustamento de conduta e passe a versar efetivamente sobre os direitos lesados.⁵⁷² Ademais, é essencial a divulgação e publicação do acordo, além da realização de audiências públicas, quando possível, permitindo a participação democrática das partes e da sociedade. As advertências valem também, no que cabível, aos negócios jurídicos processuais, observando o regramento específico contido nos art. 190 e ss. do CPC. No que se refere à adesão dos indivíduos, fica ressalvada a possibilidade de cada membro do grupo buscar a solução individual pela via judicial, considerando que a coisa julgada apenas pode beneficiar as vítimas, na forma do art. 103, III, do CDC.

Todas essas exigências visam garantir um “devido processo legal”, ou melhor, um devido procedimento de formalização de acordos coletivos, assegurando a observância das garantias processuais fundamentais para a tutela dos interesses envolvidos na autocomposição.⁵⁷³

⁵⁷¹ A título de exemplo, a redação do PL 4778/2020: “Art. 13. As partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade.”

⁵⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017, p. 55-57. No direito estadunidense, as mesmas recomendações são feitas por Adam Zimmerman: ZIMMERMAN, Adam S. Distributing Justice. **NYUL Rev.**, v. 86, p. 500-572, 2011, pp. 514-515.

⁵⁷³ Já destacamos a necessidade de um “devido processo legal” de formalização de acordos em outra oportunidade: FACHINELLO, João Antonio Tschá. Acordos e tutela coletiva: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da Netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, jul./dez. 2019, p. 85-112.

3.1.4 A tecnologia em favor da resolução de conflitos coletivos

É de se reconhecer, ainda, uma tendência mundial – e nacional – de renovação da estrutura de todo o Poder Judiciário, com o incremento de soluções tecnológicas pelos tribunais visando facilitar a transmissão de informações e a resolução de conflitos. Sem dúvidas, a tramitação predominantemente eletrônica dos processos judiciais e o encurtamento das distâncias entre os sujeitos do processo têm o potencial de proporcionar maior eficiência para o Judiciário, mais acesso à justiça e mais efetividade. Contudo, ainda é pouco explorada a possibilidade de a *internet*, e a tecnologia de um modo geral, ocuparem papel central e ativo na resolução de conflitos, mediante, por exemplo, o desenvolvimento de *softwares* e a utilização criativa de algoritmos, *machine learning*, e das grandes bases de dados que envolvidas no sistema de administração de justiça civil.

Neste item, identificaremos algumas das principais transformações no modo de prestar a atividade jurisdicional na era da *internet* e investigaremos a possibilidade de empregar a tecnologia como elemento central da resolução de conflitos, principalmente coletivos, que envolvam direitos individuais homogêneos. Para tanto, parte-se da sistematização proposta por Richard Susskind, presidente da *Society for Computers and Law* (SCL), sobre as linhas de transformação tecnológica do ambiente das cortes.

O autor identifica três diferentes momentos ou vertentes relevantes. No primeiro, tem-se a introdução de instrumentos que permitem a realização de audiências virtuais por determinados participantes, como na hipótese do art. 385, § 3º, CPC/2015, e até mesmo a transposição de todo o espaço físico para o virtual, como se observa nas sessões de julgamento por videoconferência, recentemente reguladas no Brasil, no contexto da pandemia da Covid-19, pela Resolução 354/2020, do CNJ.⁵⁷⁴

⁵⁷⁴ Susskind, identificando essa etapa como “virtual hearings”, explica: “There are two quite different uses of video technology in the courts. The first type is in fact a physical hearing into which some participants are linked by video. On this set-up, there is an actual courtroom with a judge and at least some parties and lawyers but, at the same time, some people take part remotely. In one way or another, this has been happening for several decades. (...) The second sort of virtual hearing is much rarer today. Here there is no physical event into which some people are connected by video. Instead, all participants are using video, including judges, lawyers, court clerks, witnesses, as well as parties to the dispute and sundry others.” (SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 58-59).

A segunda vertente, por sua vez, diz respeito aos métodos de *online judging*, que fogem do paradigma tradicional das salas de julgamento e envolvem a apresentação de peças e a prolação de decisões de forma totalmente eletrônica, mediante *softwares* específicos, dispensando a comunicação em tempo real.⁵⁷⁵ No Brasil, por exemplo, a Lei Federal nº 11.419/2006 permitiu a tramitação de processos judiciais por meio eletrônico, a critério de cada tribunal, tendo o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 158/2013, instituído o Processo Judicial Eletrônico – PJe como sistema de processo eletrônico prioritário no território nacional.⁵⁷⁶ Além disso, o órgão também estabeleceu, por meio da Resolução nº 358/2020, o dever de os tribunais disponibilizarem sistemas informatizados para a resolução de conflitos por meio de conciliação e mediação, fomentando a autocomposição com apoio em soluções tecnológicas.

Ambas as dimensões apresentadas, relativas aos avanços tecnológicos na prestação do serviço de justiça, representam tentativas de melhora na eficiência dos tribunais, a partir da redução de custos, e de ampliação no acesso à justiça, mediante a facilitação da prática de atos processuais. Há, ainda, um aspecto burocrático e organizacional dessas inovações, que se voltam para o gerenciamento de casos pelos tribunais.⁵⁷⁷ É o que se verifica, no Brasil, com a criação do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, pela Resolução Conjunta 2/2011 do CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e do Comitê Executivo Nacional dos Núcleos de Ações Coletivas (NACs), pela Resolução nº 339/2020, do CNJ. Ambos os cadastros visam promover a divulgação de informações sobre processos coletivos, o que também pode ser feito de forma eletrônica a partir da prestação de informações prevista no art. 69, I, CPC.

As inovações até o momento apresentadas, contudo, não têm a pretensão de introduzir novas ferramentas para a resolução *online* de disputas.⁵⁷⁸ Esse é o objetivo próprio da terceira fase identificada por Susskind, chamada *the extended court*, que parte do pressuposto de que a tecnologia permite o exercício da atividade jurisdicional

⁵⁷⁵ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 60.

⁵⁷⁶ Recentemente, a Resolução nº 335/2020 do CNJ criou a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, visando a integração entre os sistemas de cada tribunal.

⁵⁷⁷ KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice: technology and the internet of disputes**. Oxford University Press, 2017, p. 155-156.

⁵⁷⁸ KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice: technology and the internet of disputes**. Oxford University Press, 2017, p. 155.

com competências muito mais amplas do que as de um tribunal tradicional.⁵⁷⁹ Parte-se de uma noção de tecnologia como *fourth party* – ou seja, como um quarto ator processual –, cuja função vai muito além de simplesmente transmitir informações, atuando também como vetor para a resolução de conflitos, à identidade do que ocorre com as técnicas de *online dispute resolution* (ODR).⁵⁸⁰ Na realidade, segundo Susskin, essa etapa representa justamente a incorporação dos métodos de ODR ao Poder Judiciário.⁵⁸¹

Os métodos de resolução de controvérsias *online*, que incorporam ferramentas do *cyber-space* à pacificação de disputas, surgiram no início da década de 1990, em razão da popularização da *internet* e do desenvolvimento do comércio eletrônico, seguido do aumento do número de conflitos daí decorrentes.⁵⁸² O aprimoramento das tecnologias da informação, de forma paralela, propiciou a criação de ambientes e procedimentos capazes de acolher e resolver esses tipos de conflito⁵⁸³, a exemplo dos pioneiros *venues* desenvolvidos pelo *site* de compras e leilões “eBay”, para o endereçamento de disputas relacionadas às transações comerciais, e pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), este último destinado especificamente a um problema bastante frequente da própria estrutura da *internet*: a resolução de divergências relativas à escolha de nomes de domínio.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 61.

⁵⁸⁰ KATSH, Ethan. Online dispute resolution. In: **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005, p. 425-437, pp. 432. Ethan Katsh, em trabalho publicado posteriormente em conjunto com Orna Rabinovich-Einy, desenvolve o conceito de *fourth party* no contexto da ODR: “The scope and capabilities of the technological Fourth Party (an ODR metaphor for technology used in dispute resolution) are currently in the midst of a highly significant transition: from applications that focus on communication and convenience to software that employs algorithms and exploits the intelligence of machines. This may, at times, remove the need for a mediator, customer service representative, or other dispute handler. This is what we refer to as the shift from human intervention to one assisted by software, and from a process that simply facilitates communication of information to one that processes it.” (KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice: technology and the internet of disputes**. Oxford University Press, 2017, p. 47).

⁵⁸¹ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 62-63.

⁵⁸² KATSH, Ethan. Online dispute resolution. In: **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005, p. 425-437, pp. 425-427.

⁵⁸³ ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias: tecnologias e jurisdições**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 49.

⁵⁸⁴ KATSH, Ethan. Online dispute resolution. In: **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005, p. 425-437, pp. 428.

Nos dias atuais, diversas instituições privadas atuantes no ambiente eletrônico disponibilizam plataformas destinadas à resolução de disputas decorrentes de suas atividades, principalmente no âmbito das relações de consumo, evitando a evolução ou a judicialização do conflito e visando a redução de custos transacionais. Vale citar, por exemplo, a Central de Resoluções do *site* de acomodações estadunidense “AirBnb”⁵⁸⁵ e o caso do MercadoLivre, que disponibiliza um sistema de solução de controvérsias entre compradores e vendedores, dividido em fases, envolvendo a celebração de acordos através de *chats* e a realização de sessões *online* de mediação por funcionários da empresa.⁵⁸⁶

A utilidade das técnicas de ODR, contudo, não ficou limitada à resolução de conflitos relacionados ao comércio eletrônico ou, de um modo geral, às transações realizadas no ambiente digital. Tais ferramentas também têm sido aplicadas para resolver disputas de origem *off-line*, sejam elas relativas ao fornecimento de produtos e serviços ou decorrentes de quaisquer outras relações sociais existentes, consolidando-se como verdadeira possibilidade adicional de resolução de conflitos na sociedade.⁵⁸⁷ Esse fenômeno, ao nosso ver, está relacionado às diversas vantagens que a resolução de disputas no espaço cibernético pode proporcionar, dentre elas a aproximação de partes territorialmente distantes, a economia de recursos, a agilidade e a própria resolução consensual de controvérsias, quando adotados métodos de autocomposição.⁵⁸⁸ Destaca-se, nesse último contexto, o modelo de “mediation room”

⁵⁸⁵ A plataforma permite aos usuários a solicitação de valores em dinheiro relacionados a problemas na hospedagem e, em caso de discordância da parte solicitada, redireciona o caso para a decisão por um membro da companhia.

<https://www.airbnb.com.br/help/article/767/o-que-%C3%A9-a-central-de-resolu%C3%A7%C3%B5es>

⁵⁸⁶ FREITAS, Tainá. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de “desjudicialização” na resolução de conflitos. **Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs**. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://ab2l.org.br/como-o-mercado-livre-atingiu-989-de-desjudicializacao-na-resolucao-de-conflitos/>> Acesso em: 8 de abril de 2021. Cogita-se, inclusive, que o interesse para a judicialização do conflito pressupõe o recurso prévio a essas plataformas, desde que demonstrada a efetividade do instrumento disponibilizado. Nesse sentido, o parecer lavrado por Kazuo Watanabe, em conjunto com Ricardo Quass Duarte e Caroline Visentini Ferreira Gonçalves, em resposta a consulta da empresa Mercado Livre Brasil, citado em: MARQUES, Ricardo Dalmaso. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 5, out/dez 2019, nota de rodapé nº 56.

⁵⁸⁷ KATSH, Ethan. Online dispute resolution. In: **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005, p. 425-437, pp. 425; ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias: tecnologias e jurisdições**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 56.

⁵⁸⁸ Para uma análise sobre os benefícios da ODR, ver: MARQUES, Ricardo Dalmaso. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 5, out/dez 2019, p. 01-38. O autor também afirma que “no campo do direito do consumidor, métodos de ODR que incentivem empresas a

e de “e-mediation”, que consiste na realização de sessões de mediação por vídeo-conferência ou mesmo por *e-mail* e que podem ser livremente empregadas por particulares para a resolução dos mais diversos tipos de conflitos.⁵⁸⁹

Além disso, observa-se que os processos de ODR têm migrado cada vez mais da esfera privada para as instituições públicas, transformando o funcionamento das agências reguladoras e das próprias cortes.⁵⁹⁰ Exemplo deste movimento no Brasil é a implementação, por iniciativa do Ministério da Justiça, da plataforma Consumidor.gov.br, serviço público, gratuito e *online* que permite a interlocução direta entre consumidores e entidades cadastradas para a solução negociada de conflitos de consumo, sem prejuízo do uso das vias administrativa e judicial. A plataforma, além de integrada ao Processo Judicial Eletrônico (PJe)⁵⁹¹, conta com a aderência de entes reguladores como Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), sendo responsável pelo processamento de todas as reclamações contra companhias aéreas operantes no país.⁵⁹²

A presença de técnicas de ODR também aumentou no âmbito do Poder Judiciário no cenário mundial⁵⁹³, sendo a tendência atual a consagração de um modelo misto de serviço jurisdicional, com cortes físicas, tecnologias de comunicação e, finalmente, com ambientes e *softwares* inéditos de resolução de conflitos *online*.⁵⁹⁴ É evidente que a introdução desses métodos pode desafiar e modificar os contornos de valores clássicos do processo civil, como o devido processo legal. Por outro lado,

criar (ou usar) canais e efetivamente resolver reclamações de consumidores produzem resultados bastante positivos”.

⁵⁸⁹ FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Editora Lumen Juris, 2020, p. 178; <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/dispute-resolution-using-online-mediation/>

⁵⁹⁰ KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice**: technology and the internet of disputes. Oxford University Press, 2017, p. 150-154.

⁵⁹¹ Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, “com a integração, o usuário que ingressar com uma ação judicial contra uma das empresas cadastradas na plataforma poderá tentar uma negociação online, sem que isso atrase ou interfira no andamento do processo judicial.” Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1570544381.96>> Acesso em: 6 de abril de 2021.

⁵⁹² Dados disponíveis em: <<https://www.anac.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/areas-de-atuacao/voos-e-operacoes-aereas/dados-do-consumidor-gov/52-dados-do-consumidor-gov>> Acesso em: 6 de abril de 2021. Em 1º de março de 2020, por força do Decreto nº 10.197/2020, o Consumidor.gov.br se tornou a plataforma digital oficial de toda a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, para a autocomposição de controvérsias relacionadas ao consumo.

⁵⁹³ Richard Susskind, por exemplo, faz referência à Money Claim Online (MCOL), no Reino Unido, assim como ao projeto em desenvolvimento intitulado Her Majesty’s Online Court (HMOC). No Canadá, por sua vez, registra a existência do British Columbia Civil Resolution Tribunal (CRT), um tribunal administrativo com jurisdição sobre casos que normalmente seriam submetidos ao Judiciário.

⁵⁹⁴ SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 63.

é inegável o seu potencial para agregar mais eficiência e mais efetividade à atuação das cortes, ao menos para alguns tipos de conflitos.⁵⁹⁵

Esses novos mecanismos, que utilizam a *internet* como um espaço para a resolução de conflitos, podem vir a ser criados, no âmbito do Poder Judiciário, para o enfrentamento de casos pontuais, mediante a flexibilização do procedimento no caso concreto, preferencialmente a partir do consenso das partes.⁵⁹⁶

A principal utilidade desses mecanismos reside justamente nos casos de danos em massa, que atingem uma pluralidade de indivíduos de forma homogênea. Nessas situações, uma vez definida a responsabilidade do causador do ilícito, por sentença ou por acordo, pode ser adequada a introdução de um *software* automatizado responsável pela resolução de toda a parcela individual do conflito. A iniciativa pode proporcionar ganhos em termos de acesso à justiça, além de promover celeridade no pagamento de indenizações e eficiência para o órgão jurisdicional que gerencia o caso.

Independentemente da adoção de um modelo mais adjudicatório ou mais consensual, com maior ou menor interferência do juiz, o *software online* pode atuar no processamento dos pedidos indenizatórios, mediante o recebimento das informações individuais necessárias, e na resolução do conflito, seja através do direcionamento dos interessados para sessões de negociação *online* ou, eventualmente, mediante a tomada de decisões simples, a partir de critérios previamente estabelecidos.⁵⁹⁷

Nada impede que o mecanismo *online* seja implementado de forma totalmente extrajudicial, a partir da negociação das partes, mesmo porque a aderência dos indivíduos não é compulsória. No entanto, recomenda-se o desenvolvimento da plataforma junto ao Judiciário, para que haja o mínimo de controle sobre atuação do legitimado na representação dos interesses dos indivíduos.

⁵⁹⁵ KATSH, M. Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice**: technology and the internet of disputes. Oxford University Press, 2017, p. 47. Segundo os autores, os *softwares* de ODR abrem a possibilidade de aumentar tanto o fator eficiência quanto o fator justiça. Se esse potencial é realizado ou não, dependerá do *design* do software e dos critérios utilizados para a avaliação de processos de ODR.

⁵⁹⁶ Não havendo outra forma para realizar a tutela do direito, poderia o juiz, com base na cláusula da efetividade, determinar a criação do mecanismo ou da plataforma. Deve se valorizar, contudo, a atuação colaborativa das partes, até mesmo para fins de legitimação do instrumento criado.

⁵⁹⁷ ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias**: tecnologias e jurisdições. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 59.

Finalmente, cumpre destacar que a *internet* também é capaz de democratizar a resolução de conflitos coletivos, a partir da facilitação de comunicação entre os membros do grupo e o legitimado coletivo, para que seus interesses individuais sejam, de fato, representados; da participação direta dos atingidos na criação de procedimentos indenizatórios e na sua aprovação majoritária;⁵⁹⁸ da implementação de pesquisas de satisfação dos membros do grupo atingido; e da escolha, pelos prejudicados, sobre a destinação dos valores monetários remanescentes na demanda coletiva.

3.1.5 Redução e objetivização do *standard* exigido para a demonstração de danos individuais

Uma última questão que se insere no contexto da efetividade e da adequação do procedimento previsto pelo Código de Defesa do Consumidor diz respeito à prova dos aspectos individuais da relação entre a vítima e o autor do ilícito, na fase de liquidação da sentença genérica. Como já registrado, a configuração adotada pelo Código onera consideravelmente a parte lesada, normalmente hipossuficiente financeira e tecnicamente, que precisa reunir esforços para obter os meios de prova suficientes à demonstração de sua situação particular.

Uma possível solução para esse problema, das limitações ao acesso à prova pelo indivíduo, envolve a própria atividade de valoração probatória realizada pelo magistrado, que avalia, no caso concreto, se determinado fato controvertido pode ou não ser considerado provado. De certa forma, os critérios utilizados para esse exame podem ser determinantes para a efetividade ou não do sistema de reparação de danos individuais proposto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Antes de debater o problema específico da suficiência probatória sobre as situações individuais inseridas no contexto do conflito coletivo, é necessário resgatar brevemente os principais elementos da atividade de valoração probatória no direito brasileiro.

⁵⁹⁸ Segundo Diego Faleck, uma importante técnica para atingir legitimidade é procurar meios de alcançar consenso pela aprovação geral. Além disso, o autor aponta que é extremamente difícil moldar o procedimento sem trabalhar de perto com as partes interessadas e afetadas. (FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Editora Lumen Juris, 2020, p. 138-139).

Vige no sistema brasileiro, por força do art. 371 do CPC,⁵⁹⁹ o modelo de livre valoração motivada ou de persuasão racional da prova, segundo o qual o magistrado deve apreciar a prova livremente, sem regras que predeterminem, de forma vinculante, o resultado probatório.⁶⁰⁰ Ao valorar, contudo, o magistrado precisa indicar os motivos que formaram seu convencimento, de modo que a liberdade acaba ficando limitada às regras gerais da epistemologia, ou, simplesmente, à lógica e à racionalidade.⁶⁰¹

Essa atividade se insere no contexto da chamada valoração racional, doutrina que busca estabelecer um método apropriado para atingir o objetivo declarado de investigação da ocorrência dos fatos relevantes, a partir das evidências disponíveis no processo.⁶⁰² Valorar racionalmente consiste em avaliar se o grau de certeza sobre determinada hipótese, alcançado a partir das informações disponíveis no processo, é suficiente ou não para aceitá-la como verdadeira.⁶⁰³

Fala-se em aceitar como verdadeira porque, como se sabe, o conhecimento dos fatos a que se destina a prova judicial é imperfeito e relativo.⁶⁰⁴ A limitação sobre a possibilidade de se alcançar uma verdade absoluta e a necessidade de definição dos litígios impõe a preferência pela noção de convicção da verdade. Ou seja, para pôr fim a determinado conflito, em regra, o juiz deve atingir a convicção sobre a

⁵⁹⁹ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

⁶⁰⁰ Há, contudo, resquícios do modelo de prova tarifada no sistema atual, que limitam o princípio da persuasão racional do magistrado. Tais limitações foram percebidas por Cândido Rangel Dinamarco, que as classificou em (i) em normas que estabelecem presunções legais relativas, como ocorre no caso da revelia, (ii) em normas que limitam a admissibilidade ou eficácia de um meio probatório, como ocorre atualmente com o disposto no art. 406, do CPC/2015, que trata dos casos em que o instrumento público é indispensável para prova do ato. e (iii) em normas que afirmam ou disciplinam essa eficácia anteriormente mencionada, como no caso do art. 1.543, do Código Civil, segundo o qual o **casamento** celebrado no Brasil **prova-se** pela **certidão** do registro. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 78 e ss.)

⁶⁰¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 66.

⁶⁰² BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 97.

⁶⁰³ ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 129.

⁶⁰⁴ Marina Gascón Abellán indica, de forma sistemática, as razões pelas quais é impossível atingir a verdade absoluta através do processo: “Sin embargo, el conocimiento de hechos que tiene lugar en la prueba judicial es imperfecto o relativo, lo que obedece básicamente a dos tipos de razones. De un lado, razones institucionales: la prueba judicial, en cuanto actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de ese objetivo. De otro lado, razones epistemológicas: el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios.” (ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 128).

verdade, partindo do pressuposto de que esta, em sua essência é inatingível.⁶⁰⁵ Desse modo, a prova sobre determinado fato é suficiente quando se justifica aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve, ainda que não corresponda, exatamente, à verdade absoluta, que, como já se disse, é inalcançável.

Nessas circunstâncias, ganham particular relevância os *standards* probatórios, que aparecem como uma tentativa de tornar mais objetivo o raciocínio probatório e de reduzir a complexidade dessa atividade, por meio da indicação de graus de suficiência probatória.⁶⁰⁶ Os *standards* de prova, como esclarece Marina Gascón Abellán, respondem à pergunta sobre quando se pode considerar suficientemente provada determinada hipótese fática.⁶⁰⁷ A identificação dos *standards* de prova, nesse sentido, é essencial para um sistema que pretende a utilização do modelo da valoração racional, tanto para orientação dos sujeitos do processo sobre seus ônus e deveres, quanto para o controle das decisões judiciais.⁶⁰⁸

Se a lei nada estabelece sobre os *standards* de prova, como geralmente ocorre no processo civil brasileiro, serão os juízes que definirão o nível probatório necessário em cada caso concreto. Do ponto de vista da segurança jurídica, não se trata de situação desejável, como aponta Ravi Peixoto, já que o magistrado fica autorizado a definir de forma discricionária o grau de suficiência probatória, dificultando, inclusive, a aplicação das regras relativas ao ônus da prova.⁶⁰⁹ Além disso, transfere-se aos juízes a relevantíssima escolha política (*policy*) relacionada aos *standards* de prova, que, ao fim e ao cabo, diz respeito à distribuição dos riscos de erro no sistema, de acordo com a relevância dos interesses em conflito.⁶¹⁰ Por

⁶⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

⁶⁰⁶ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 223; PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 61.

⁶⁰⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 139.

⁶⁰⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 152. Nesse sentido, Danilo Knijnik esclarece que os *standards* são “enunciações teóricas capazes de ensinar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão.” (KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001).

⁶⁰⁹ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 67 e 241.

⁶¹⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 130; MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 223; PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 130.

outro lado, a definição judicial do *standard* probatório permite que, diante de determinadas situações de direito material ou em casos de dificuldade probatória, as exigências de prova no caso concreto sejam reduzidas e o juiz se contente com aquilo que Gerhard Walter chamou de “verosimilitud preponderante”, evitando-se, assim a negação de direitos.⁶¹¹ Diante dessas questões, fica clara a importância do enfrentamento da questão da suficiência probatória, sobretudo no que diz respeito à liquidação de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos.

Mantendo o foco da análise na função política dos *standards* de prova, pode-se dizer que a definição de um *standard* envolve uma avaliação das consequências de possíveis erros resultantes do processo, considerando a importância, na sociedade, dos interesses envolvidos.⁶¹² A uma primeira vista, um *standard* probatório muito exigente, que se dá por atingido com um alto grau de certeza, minimizaria a possibilidade de erros e maximizaria a possibilidade de acertos. Mas é necessário perceber que a valoração probatória e, conseqüentemente, o processo, podem produzir dois tipos de erro: o erro tipo 1 ou falso positivo, em que o réu perde quando não deveria ou paga mais ao autor do que deveria; e o erro tipo 2 ou falso negativo, em que o autor, com uma demanda meritória, perde ou recebe menos do que teria direito.⁶¹³ Como se pode perceber, ambas as subcategorias trazem custos

⁶¹¹ GERHARD, Walter. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis, v. 197, 1985, p. 173-174. O autor traz alguns exemplos de casos nos quais pode ser aplicada a técnica da redução do módulo da prova, como o caso de lesões pré-natais: “Para nosotros, sin embargo, la verosimilitud preponderante tiene que servir de pauta por el solo hecho de pertenecer ese grupo de casos al mencionado campo social. Si el legislador estima que hay que indemnizar a las víctimas de hechos delictivos que de otro modo saldrían con las manos vacías y esto puede entenderse también perfectamente como obligación derivada del principio del Estado social - esa indemnización no debe frustrarse por dificultades en probar los hechos. Cuando no haya certeza de que un daño en la salud fue causado por determinado acto de violencia (lo que en el orden práctico es relevante principalmente para ciertas secuelas de esos daños), pero sea preponderantemente verosímil que lo fue, esto deberá bastar como prueba del derecho a percibir la indemnización, si no si quiere que la disposición quede como letra muerta.” (p. 242). No Brasil, a obra de Walter orienta diversas reflexões sobre o tema da redução do módulo da prova na obra de Marinoni e Arenhart: (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102 e 107).

⁶¹² PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 133.

⁶¹³ STANCIL, Paul. The Problem with One-Size-Fits-All Procedure, **Fla. St. U. L. Rev.** 2014, p. 12-13. Daniel Klerman costuma dividir os custos de erro em três subcategorias, confira-se: “Error costs can result from three types of mistakes: false negatives, false positives, and the miscalculation of damages. False negatives are the failure to impose liability when it is appropriate and, as has already been discussed, they reduce deterrence. False positives are the imposition of liability when none is appropriate. If false positives were truly random, they would have little negative effect. Instead, they would be roughly equivalent to a head tax, which would have little or no effect on primary behavior and thus little effect on welfare. However, to the extent that certain activities—such as running a railroad or manufacturing consumer goods—make it more likely that the person conducting those activities will be sued and that liability will be mistakenly imposed, false positives act as a tax on those activities and may

indesejados para a sociedade, na medida em que representam respostas judiciais injustas. O *standard* de prova permite determinar qual dos dois erros é preferível, considerando uma determinada situação de direito material ou um valor a ser protegido. O *standard* de prova mais rigoroso, enquanto reduz o erro de tipo 1, evitando condenações indevidas, aumenta o risco de erro de tipo 2, já que condiciona a aceitação das hipóteses sobre os fatos constitutivos – e, conseqüentemente, a procedência da demanda –, a um grau de certeza muito elevado.

No campo do processo penal, por exemplo, o *standard* geralmente utilizado pelos magistrados é bastante rigoroso, por envolver restrição ao direito fundamental de liberdade. Comumente, exige-se, para a condenação, a prova além de qualquer dúvida razoável. Nos casos cíveis, que normalmente envolvem bens jurídicos dificilmente equiparáveis à privação de liberdade e geralmente de caráter patrimonial, o erro de falso positivo é mais facilmente admitido do que na seara criminal, razão pela qual se prefere, via de regra, o *standard* menos exigente da prova preponderante, também conhecido como “mais provável que não”.⁶¹⁴ Segundo esse parâmetro, será aceita a “hipótese com maior grau de confirmação probatórias dentre as disponíveis”, desde que “capaz de confirmar ser provável a ocorrência das proposições fáticas da parte”.⁶¹⁵ Para a doutrina, esse *standard* tem como pressuposto a situação de igualdade entre as partes e a equivalência entre os custos de cada tipo de erro, não havendo preferência ou inclinação do ordenamento pelo erro em favor do autor ou pelo erro em favor do réu.⁶¹⁶ Mas, como visto, há circunstâncias em que os erros assumem importâncias bastante diversas, como no caso da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, em que se exige prova clara

cause reductions in beneficial activities. Kaplow & Shavell (1994) call the reduction in beneficial activity from false positives chilling costs. Another kind of error would be mistakes in the calculation of damages (Kaplow & Shavell 1996). If such mistakes were purely random and average liability were correct, then mistakes about damages would have little effect on behavior and thus contribute little if at all to error costs. However, to the extent that damages are systematically too low or too high, they could cause either underdeterrence or chilling.” (KLERMAN, Daniel. The economics of civil procedure. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 11, p. 353-371, 2015, pp. 354).

⁶¹⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, ano 43, v. 282. São Paulo: RT, ago. 2018, p. 113-139.

⁶¹⁵ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 230. No mesmo sentido: ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 130.

⁶¹⁶ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 170. No direito norte-americano: POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973, p. 408.

e convincente para a condenação, preferindo-se, portanto, o erro de falso negativo, diante da gravidade das sanções jurídicas impostas pela legislação específica⁶¹⁷; de outro lado, o *standard* da inferência da melhor explicação (IME), pouquíssimo exigente, seria adequado para a fixação do convencimento provisório do juiz, no caso das tutelas provisórias de urgência.⁶¹⁸

Ao nosso ver, a situação das vítimas de violações de direitos em massa, na fase de liquidação da sentença coletiva, merece proteção intensa pelo ordenamento jurídico, justificando-se a preferência pelo risco de erro de condenação falso positivo, além de normalmente envolver diversas dificuldades e barreiras probatórias, o que milita em favor da redução do *standard* probatório em favor dos indivíduos.

Apesar de patrimoniais e, a princípio, disponíveis, os direitos individuais homogêneos, quando coletivamente considerados, representam interesses de grande relevância social em nosso ordenamento, razão pela qual merecem ampla proteção. Ademais, tais direitos advêm de uma violação gravíssima às normas de direito material, o que justifica uma reprimenda mais intensa ao causador do ilícito, preferindo-se, em razão disso, o erro falso positivo.

Outrossim, é necessário tomar em conta o fato de que já há uma sentença condenatória de cognição exauriente em desfavor do réu, que confirma uma violação de direitos em massa, o que deve, naturalmente, beneficiar a posição da vítima. Acrescenta-se, ainda, a situação de desigualdade material presente entre os litigantes, habitual e eventual, para além da própria hipossuficiência técnica ou financeira, o que causa um verdadeiro desequilíbrio na relação jurídica processual, servindo o *standard* atipicamente como fator de equiparação, em favor da paridade de armas.⁶¹⁹

⁶¹⁷ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 241-242.

⁶¹⁸ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 230-232. Em sentido contrário, Ravi Peixoto afirma que a inferência da melhor explicação (IME) pode gerar o problema da escolha entre duas hipóteses com pouco suporte probatório, o que não justificaria a concessão da tutela de urgência, que exige, no texto legal, a probabilidade da hipótese fática (PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 312).

⁶¹⁹ “Parcela da doutrina tem afirmado que, além da necessidade de análise dos bens jurídicos envolvidos no processo e das consequências das decisões, a definição acerca dos standards probatórios, em especial naqueles casos em que ele é determinado de forma desigual entre os participantes da relação processual, também teria relação com a existência de um suposto desequilíbrio estrutural da relação jurídica. Em outros termos, os standards probatórios também poderiam ter o objetivo de diminuir a desigualdade material entre os litígios.” (PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 137-138).

Assim, na etapa liquidatória da sentença coletiva, quando se está diante de duas hipóteses contrárias acerca do mesmo fato, relativo aos aspectos individuais do dano, uma apresentada pelo indivíduo e outra pelo autor do ilícito, é possível que o juiz reduza o *standard* probatório em favor do autor, aquiescendo com o aumento do risco de condenações falso positivas. Um exemplo seria a valoração da prova com base no *standard* da inferência da melhor explicação (IME).⁶²⁰ Nesse caso, o juiz deveria buscar, por inferência, qual das hipóteses representaria a melhor explicação para os fatos. Vale dizer, a partir do levantamento de possíveis hipóteses explicativas, é escolhida aquela que pode melhor explicar os fatos, para então inferir a conclusão de que a hipótese escolhida é verdadeira, a partir de critérios como coerência, completude, adequação empírica e simplicidade da atividade inferencial.⁶²¹ Nesse contexto, para que a pretensão individual liquidatória fosse acolhida, bastaria que a hipótese apresentada pelo autor melhor explicasse os fatos do que a hipótese apresentada pelo réu, sendo desnecessária a exigência de prova preponderante.

Já no caso de uma hipótese simples, em que há apenas uma descrição sobre determinado fato no processo, tal como caracteriza Michele Taruffo⁶²², bastaria estabelecer se a hipótese se encontra ou não justificada, o que também poderia ser feito a partir de um *standard* reduzido, em razão da relevância do interesse tutelado e da hipossuficiência do litigante autor. Nesse sentido, vale registrar que Clayton Maranhão sugere, inclusive, que, nos casos em que o autor não possua nenhuma prova útil para comprovar a hipótese levantada, não se poderia, desde logo, concluir que a hipótese é falsa, já que não se está trabalhando com uma lógica binária de

⁶²⁰ Para Clayton Maranhão, o uso da inferência da melhor explicação seria possível desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. (MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 243). Em sentido contrário, Ravi Peixoto afirma que a IME pode gerar o problema da necessidade de escolha entre duas hipóteses com pouco suporte probatório, tornando inaplicável a regra do julgamento pelo ônus da prova (PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 231-232).

⁶²¹ O método é bem explicado por Eduardo Scorparo: “Diante de fatos a explicar, pode-se propor hipóteses explanatórias. A IME consiste no procedimento inferencial para descoberta e justificação sobre qual hipótese deve recair a crença de ser a verdadeira. Por meio da IME, além de listar possíveis hipóteses de explicação de um fenômeno, filtra-las por plausibilidade, instigar a busca direcionada por dados adicionais, também se passa ao julgamento das hipóteses, para eleição da melhor e, com isso descobrir e justificar uma explicação racional” (SCORPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 300, p. 49-72, fev., 2020, pp. 50). Para doutrina clássica sobre o tema, ver: HARMAN, Gilbert H. The inference to the best explanation. **The philosophical review**, v. 74, n. 1, p. 88-95, 1965;

⁶²² TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 245-254.

verdadeiro ou falso.⁶²³ Na demonstração dos aspectos individuais do litígio, isto é, do dano individual e de seu nexo de causalidade com o ilícito reconhecido, seria suficiente a demonstração mínima dos fatos, com base em um *standard* reduzido, definido no caso concreto pelo magistrado e aplicado de forma fundamentada na sentença de liquidação.

Além da simplificação e redução do *standard*, as liquidações das pretensões individuais também podem se beneficiar amplamente da sua objetivização, pelo juízo prolator da sentença coletiva. Assim, por exemplo, pode-se estabelecer, de antemão, alguns documentos aptos a demonstrar a titularidade do dano ou alguma circunstância específica relacionada à situação danosa. No caso do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana (MG), por exemplo, a sentença definiu como suficientes para o demonstrar a condição de trabalhador atingido a apresentação de pelo menos dois documentos dentre dezenas possíveis.⁶²⁴ Não se trata de um retorno a um sistema tarifado de prova, em que cada meio probatório assume um valor preestabelecido e inalterável, impedindo a livre avaliação pelo juiz. Trata-se, com efeito, de uma forma de objetivizar e, assim, facilitar, a análise da suficiência probatória.

No contexto do Design de Sistemas de Resolução de Disputas (DSD), que pode ser entendido como uma técnica de construção de procedimentos ou mecanismos processuais destinados à prevenção, gerenciamento e resolução de disputas, Diego Faleck sugere a possibilidade de simplificação da atividade reparatória através da utilização de “modelos simplificados e tabelados de indenização conforme critérios de aproximação com a realidade ao invés de exigir prova documental mais robusta de danos”⁶²⁵. O autor, alinhado à doutrina da *rough justice* ou justiça possível, ainda adverte que, em alguns casos, “a exigência de rigor extremo na avaliação de documentos certamente poderia inviabilizar as indenizações”⁶²⁶, sobretudo nas situações de alta informalidade das relações sociais.

Pelo que se percebe até aqui, a redução e a objetivização do *standard* probatório na sentença já tornariam o processo de definição das indenizações

⁶²³ MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019, p. 225.

⁶²⁴ <https://portaladvogado.ersa.com.br/erprenova/outros/ged/files/C9B/C9B1369E-C36F-4D0F-B9E4-2CCFDD7E8696.PDF>

⁶²⁵ FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos editora Lumen Juris, 2020, p. 133.

⁶²⁶ FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos editora Lumen Juris, 2020, p. 133.

individuais muito mais simples, na medida em que facilitariam a prova das situações fáticas particulares, assim como mais eficiente, porque mais célere e menos custoso para o Poder Judiciário. Mas a proposta de facilitação da prova não se limita apenas à liquidação por sentença, nos moldes do art. 97, CDC. Na realidade, a maior utilidade dessa ferramenta está na sua conjugação com os métodos de simplificação da distribuição de indenizações, alternativos à liquidação e execução individuais previstas no Código de Defesa do Consumidor.

As técnicas serão indicadas e aprofundadas ainda neste capítulo, mas, assim como os demais pressupostos citados, a possibilidade de redução do *standard* probatório e a facilitação da prova sobre os danos individuais decorrentes de condenações coletivas, de um modo geral, devem ser vistas como passo necessário para a construção de um sistema mais efetivo de reparação e proteção de interesses individuais homogêneos.

3.2 A ESCOLHA DA TÉCNICA ADEQUADA AO CASO CONCRETO: POSSÍVEIS TÉCNICAS, EM ESPÉCIE

Nos itens anteriores estabelecemos as premissas para uma nova forma de encarar a liquidação e a execução de decisões sobre direitos individuais homogêneos, concluindo pela necessidade de adoção de técnicas adequadas às peculiaridades de cada caso concreto, pela importância da atuação do legitimado coletivo na fase de efetivação dos interesses violados e pela possibilidade de o juiz trabalhar com a categoria dos *standards* de prova no sentido de facilitar a realização desses direitos. Além disso, verificamos a tendência cada vez maior da resolução de conflitos coletivos através de soluções negociadas, bem como, o uso crescente da tecnologia para a resolução de controvérsias.

Nesses próximos tópicos, serão apresentadas possíveis técnicas para a simplificação da fase de liquidação e execução das demandas que envolvem direitos individuais homogêneos, todas adequadas às premissas anteriormente estabelecidas e voltadas à concreção da tutela mais efetiva e mais eficiente desses interesses.

A escolha da técnica específica para cada caso concreto deve, sempre que possível, envolver a colaboração dos sujeitos do processo e dos grupos representados e, acima de tudo, vincular-se à realização efetiva da tutela do direito material, de forma eficiente.

O rol de técnicas apresentadas, evidentemente, não é exaustivo. Permite-se a adaptação e até a criação de arranjos procedimentais adequados às necessidades do caso concreto, bem como a combinação e a fusão de mecanismos existentes, desde que, evidentemente, sejam observadas as garantias decorrentes do devido processo legal.⁶²⁷

3.2.1 Da sentença líquida ou que preveja padrões indenizatórios

Como demonstrado anteriormente, o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor deve ser entendido apenas como um permissivo para o uso da técnica da sentença condenatória genérica, sendo possível a utilização de outras técnicas, quando mais adequadas para a consecução da tutela do direito material.

Nessa perspectiva, e consideradas as dificuldades relacionadas à condenação ilíquida, conforme já discorrido no capítulo 2, sugere-se a possibilidade de o processo destinado à proteção de interesses individuais homogêneos terminar com uma sentença líquida, ou ao menos, que estabeleça parâmetros que tornem a atividade de liquidação menos complexa.

O tópico, na realidade, não é novo na doutrina e já foi objeto de diversos projetos de lei que buscavam a reforma da sistemática dos processos coletivos⁶²⁸.

⁶²⁷ FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Editora Lumen Juris, 2020, p. 18-29.

⁶²⁸ A título de exemplo, cita-se o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibéro-América, que previa, sobre a ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o seguinte:

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1o . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2o . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3o - O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação. (...)

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.”

No mesmo sentido, o Projeto de Lei 5.139/2009, que previa o seguinte:

“Art. 27 § 3 o Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4 o Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo (...)

Não obstante a opinião de que as questões individuais não devem figurar, de modo algum, na fase de conhecimento da demanda coletiva⁶²⁹, grande parte da doutrina brasileira parece concordar que, em sendo possível, ou seja, desde que existam elementos para identificar as vítimas e quantificar as indenizações individuais, o juiz poderá emitir sentença líquida, de *lege lata*, isto é, sem a necessidade de alteração legislativa neste sentido.⁶³⁰

Além do caráter não obrigatório da sentença condenatória genérica, há diversas outras razões que sustentam a opção pela sentença líquida, sempre que esta se mostre possível.

A primeira, e sem dúvidas a mais importante, é a de que a sentença líquida constitui técnica efetiva e adequada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na lógica do art. 83, CDC, na medida em que as obrigações restam perfeitamente definidas ao final da fase de conhecimento, viabilizando o início imediato dos atos de execução, seja por iniciativa dos beneficiários da sentença ou dos legitimados do art. 82, CDC.⁶³¹

Além disso, seria um contrassenso sustentar a impossibilidade de prolação de uma sentença líquida quando houver elementos que permitam, desde logo, a individuação e a quantificação das obrigações, considerando a prova já produzida no curso da demanda.⁶³² Em verdade, nessa situação, a economia processual, que não apenas é reconhecida como um princípio fundamental do processo civil⁶³³, mas também como um escopo da tutela coletiva de direitos individuais⁶³⁴, recomenda justamente a utilização da sentença líquida. Afinal, o aproveitamento das descobertas fáticas obtidas ao longo da fase de conhecimento evita a repetição de atos

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.”

⁶²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 325.

⁶³⁰ Por todos: GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 159.

⁶³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, p. 143.

⁶³² LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 425; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, p. 143.

⁶³³ CINTRA, Antônio de Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 79-80.

⁶³⁴ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 70-71.

processuais relacionados à prova em momento posterior. Desse modo, recomenda-se que o magistrado e as partes busquem o máximo aproveitamento dos meios de prova e de seus resultados, inclusive no que diz respeito às situações individuais, desde que isso não comprometa de forma indevida a duração razoável do processo.

Ao nosso ver, o próprio réu, quando estiver em condições de identificar as vítimas e de efetuar o cálculo de suas indenizações, ou de fornecer os elementos necessários para tanto, deverá fazê-lo. Essa situação é comum no caso da empresa prestadora de serviços – como bancário, de telefonia ou de plano de saúde –, que, eventualmente, realiza a cobrança de tarifas indevidas ou abusivas em face de um grande número de consumidores. Nesses casos, considerando a continuidade desse tipo de relação, o autor do ilícito conhece os clientes afetados e possivelmente detém seus dados pessoais, além de ter plena ciência do valor cobrado a maior.⁶³⁵ Deverá, portanto, colaborar para a obtenção de uma sentença líquida (art. 4º e 6º, CPC/2015), fornecendo tais informações, inclusive no que diz respeito à identificação, desde que garantidos as regras e princípios da legislação específica de regência, em especial a sua segurança e sigilo (art. 7º, incisos II e VI, e 46 e ss. da Lei 13.709/2018). Haverá, aqui, um tipo de liquidez por colaboração do réu, ainda que de forma potencial, como ocorre no caso em que o dever de identificar os indivíduos e a extensão de seus danos seja atribuída ao réu como uma obrigação adicional à condenação. Além da autorização de uso de medidas coercitivas para garantir a observância da determinação (art. 400, parágrafo único e art. 536, caput, CPC), o seu descumprimento injustificado pode, inclusive, configurar situação de embaraço à efetivação de decisão judicial, caracterizado pela lei processual como ato atentatório à dignidade da justiça e sujeito à penalização com multa de até vinte por cento do

⁶³⁵ GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, v. 953, p. 223-257, 2015. Vale transcrever o comentário do autor: “Registra-se no ensejo, que tal possibilidade não é remota, basta que o réu tenha com os indivíduos beneficiados pela decisão, relação jurídica que lhe permita identificá-los (normalmente relação jurídica continuativa, prévia aos fatos que fundamentam a pretensão coletiva), bem como identificar outras informações como: valores pagos e recebidos, o que é normal no atual cenário econômico e tecnológico, onde o atraso de poucos dias no pagamento de uma conta de luz, telefone, cartão de crédito ou qualquer outro produto consumido em massa, pode gerar a aplicação de inúmeras restrições.” Segundo Edilson Vitorelli, o pressuposto de que o lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal não é verdadeiro na maioria dos casos, pois eralmente o fornecedor, causador da lesão, terá em seus registros contábeis a comprovação da lesão, de quem foi lesado e de seu montante com muito mais precisão que a vítima. (VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. — Brasília: ESMAF, 2014, p. 100).

valor da causa (art. 77, IV, e §§ 1º e 2º, CPC).

Acrescente-se, ainda, que a utilização da sentença líquida não depende de pedido expresse pelo legitimado, vale dizer, ainda que o pedido tenha sido formulado de forma ilíquida, a sentença poderá ser líquida, sem que isso configure julgamento *extra* ou *ultra petita* ou violação ao princípio da congruência.⁶³⁶ A possibilidade, além de diretamente relacionada à ampliação dos poderes conferidos ao juiz no processo coletivo, como tem sido defendido a partir da doutrina estadunidense da *defining function*⁶³⁷, decorre também da incidência da regra geral do art. 491, do CPC, segundo a qual a decisão definirá a extensão da obrigação, ainda que formulado pedido genérico⁶³⁸, afastando a aplicação da regra específica do art. 95, CDC, no caso concreto.

Na realidade, tomando em conta que atualmente o Código de Processo Civil compõe o microssistema de tutela coletiva e que a sua aplicação não é apenas residual, é de se considerar a aplicação direta da regra do art. 491 ao processo coletivo, estabelecendo-se, assim, uma preferência geral pela prolação de sentenças líquidas. É nesse sentido, inclusive, o entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem o art. 95, do CDC, “se submete integralmente ao artigo 491, do CPC”.⁶³⁹ Desse modo, o juiz, por dever, e o legitimado coletivo, para o melhor cumprimento de sua função, devem reunir esforços para que a sentença do processo coletivo seja líquida, excepcionado o caso em que a apuração do valor devido ou a identificação

⁶³⁶ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 158; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.— . 2019. n.p.

⁶³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019. n.p.

⁶³⁸ “Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.” Sobre o dispositivo, pertinente a lição da doutrina: “O preceito, logicamente, afeiçoa-se ao princípio da duração razoável do processo. A liquidação de sentença, ainda que por vezes possa ter uma tramitação simples, impõe mais tempo para a efetiva satisfação do direito. Por isso, sempre que possível, deve ser evitada. Nessa linha, é que a previsão tem conteúdo relevante e, salvo quando isso seja manifestamente impossível, deve ser observado pelo juiz.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 863).

⁶³⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 255.

dos beneficiários depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecido na sentença, nos termos do art. 491, inciso II, CPC.

Evidentemente, há situações em que a identificação das vítimas ou a determinação do valor dos danos na fase de conhecimento é impraticável ou muito onerosa.⁶⁴⁰ Por essa razão, nem todos os litígios coletivos comportam a prolação de sentença líquida, sendo necessária alguma forma de participação das vítimas na fase de liquidação, o que ocorre, normalmente, através do procedimento estabelecido no Código de Defesa do Consumidor. Vale registrar o exemplo trazido por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, de determinado medicamento que causou danos em parte dos consumidores, espalhados pelo território nacional, e diferenciados quanto à sua gravidade⁶⁴¹: sem a manifestação das vítimas e sem as informações sobre as situações particulares, seria inviável proferir sentença líquida.

Essa situação de indefinição, sobretudo no que diz respeito à identidade dos sujeitos atingidos, é mais comum do que se imagina no direito brasileiro. Além do arranjo bifásico, que favorece o desconhecimento das situações individuais pelo legitimado e a propositura de demandas apoiadas na ocorrência quase virtual de danos homogêneos, outra circunstância que provavelmente contribui para esse cenário é a ausência, em nosso sistema, do instituto da certificação coletiva, presente nas ações de classe do direito estadounidense.⁶⁴²

A decisão de certificação da classe constitui um juízo preliminar em que é analisada a possibilidade de seguimento da *class action*, a partir dos requisitos previstos na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e no qual é verificada a *ascertainability* da classe⁶⁴³, definindo-se, de forma objetiva, os contornos do grupo

⁶⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, p. 145.

⁶⁴¹ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 289.

⁶⁴² Especificamente sobre o tema, ver, no Brasil: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 117-119.

⁶⁴³ A *ascertainability*, que pode ser traduzida como verificabilidade da classe, é tida como um requisito implícito na *Rule 23*, segundo o qual o grupo deve ser definido de forma clara no momento de certificação e os requisitos para a verificação do pertencimento de determinado indivíduo ao grupo devem ser estabelecidos de forma objetiva. Vale transcrever, aqui, o comentário de Robert Bone: "It is quite remarkable that ascertainability has become so prominent, especially since Rule 23 does not even mention it. Some courts locate the requirement in Rule 23's prefatory clause, which they interpret to require the existence of a "class" as a precondition to applying Rule 23's express provisions" (BONE,

representado. A delimitação da classe, além de possibilitar a adequada notificação de seus membros, para que eventualmente venham a exercer o seu direito de exclusão (*right to opt out*), permite ainda que seja dada a destinação correta dos valores pagos pelo réu. Por essa última razão, especificamente, as Cortes estadunidenses têm adotado uma versão muito mais rígida do requisito da *ascertainability*, denominada “*strict ascertainability*”, exigindo não apenas a identificação clara dos contornos da classe, mas também a demonstração de que os seus membros, no momento da distribuição das indenizações, poderão ser identificados de forma confiável e administrativamente viável.⁶⁴⁴ A opção não está livre de críticas. De fato, a variante mais rigorosa do requisito dificulta a certificação das demandas que veiculam pretensões de valor muito pequeno (*small claim*), já que o seu foco principal não seria propriamente a compensação de cada uma das vítimas, mas a reprimenda do comportamento ilícito e a reparação indireta dos bens afetados. Não obstante, essa tendência das Cortes estadunidenses demonstra um cuidado muito grande com relação à efetiva reparação das vítimas e revela a importância de uma atuação diligente do representante, no sentido de identificar os futuros beneficiários da condenação.

No Brasil, ausente o juízo de certificação⁶⁴⁵ e inexistente qualquer exigência

Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 928).

⁶⁴⁴ Nesse sentido, confira-se trecho do estudo específico de Robert Bone sobre o tema: “The traditional version of ascertainability is relatively easy to satisfy; it demands only that the boundaries of the class be reasonably clear. Over the past five years, however, some courts, led by the Third Circuit, have imposed a much stricter version. They insist not just that the class itself be defined clearly, but also that individuals be identifiable as members of the class in a reliable and administratively feasible way” (BONE, Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 914 e 923-925). Para os defensores da strict ascertainability, é importante que os fundos sejam distribuídos apenas aos requerentes que sejam, de fato, membros da classe, de modo que um tribunal deve ser capaz de determinar, com confiança, se determinado indivíduo é ou não membro do grupo. A partir dessa premissa, de que os valores devem ser distribuídos para membros da classe e apenas eles, rejeitam-se quaisquer métodos alternativos de distribuição, como os de reparação indireta, caso do *cy pres*. (BONE, Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 935-936)

⁶⁴⁵ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, estabeleceu uma correlação entre os requisitos da commonality e superiority, previstos na Rule 23, verificados na fase de certificação, e o requisito da homogeneidade previsto no CDC. Assim, para a autora, quanto mais heterogêneos os direitos individuais, menos útil a sentença genérica do art. 95 e inadequada a via da ação coletiva para recuperação de danos individuais. Segundo Grinover, nesses casos em que a regra do art. 95, CDC é de pouquíssima utilidade, ao ponto de não resolver a disputa de forma adequada e justa, o juízo de interesse de agir, na lógica da utilidade e da adequação, deveria negar o prosseguimento da demanda, em lógica semelhante à certificação. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A comparison of the class action for damages in the american judicial system to the brazilian class action: the requirements of admissibility. **BRICS Law Journal**, v. 2, p. 33-49, 2015, pp. 46-47). Luiz Henrique Krassuski Fortes e William Soares Pugliese também defendem uma “atividade robusta prévia na fase pre-trial” e a necessidade de

de precisa delimitação dos membros da classe, não há grandes preocupações em relação à identificação das vítimas na fase de conhecimento, o que torna quase impossível a prolação de sentenças subjetivamente líquidas, exceto nos casos em que as vítimas possam ser identificadas a partir de dados cadastrais ou de relações contratuais anteriores com o réu coletivo. Essa situação, considerada ainda a dificuldade relacionada à notificação e à publicação da sentença em caso de procedência, muitas vezes resulta em decisões desprovidas de utilidade prática, com um número muito inexpressivo de liquidações.

De qualquer modo, ainda que não seja viável identificar os indivíduos atingidos, entendemos que a sentença deverá ao menos estabelecer parâmetros acerca da extensão do dano, sobretudo quando se tratar de danos estritamente patrimoniais. Quando os danos sofridos pelos membros do grupo forem uniformes ou muito semelhantes, como no caso da compra de produtos de uma mesma série com vícios de fabricação, não há razão para não estabelecer, desde logo, o valor do dano financeiro. A sentença também pode estabelecer uma indenização mínima, permitindo que as vítimas que entendam que o prejuízo sofrido é maior do que aquele arbitrado demonstrem a peculiaridade de sua situação na fase de liquidação, buscando a elevação do valor indenizatório.

É possível também a fixação de indenizações por categorias de vítimas, de acordo com seus padrões de dano, modalidade que se mostra especialmente útil nos casos de desastres ambientais.⁶⁴⁶ No caso do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana (MG), por exemplo, os trabalhadores das regiões atingidas foram categorizados de acordo com a atividade laborativa exercida, para cada qual correspondia um montante indenizatório específico.⁶⁴⁷ Situação semelhante ocorreu no caso do rompimento de Barragem B1, em Brumadinho (MG), em acordo firmado entre a mineradora Vale e o Ministério Público do Trabalho, no qual foram estabelecidas indenizações por danos morais e materiais em favor dos familiares dos

“repensar os requisitos tradicionais do interesse jurídico e da legitimidade para estar em juízo” no processo coletivo, a fim de que o “Poder Judiciário tenha condições de evitar em seu nascedouro pretensões genéricas”. (PUGLIESE, William Soares; KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. A reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seus impactos sobre a unidade do direito nas decisões judiciais. In: VITORELLI, Edilson et al. **Coletivização e unidade do direito-Vol. II** editora Thoth, 2020, p. 737-754)

⁶⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 256.

⁶⁴⁷ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-indenizacao-mariana.pdf> Acesso em: 10 de Março de 2021.

trabalhadores vitimados, divididos em duas categorias, uma composta por pais, mães, filhos, companheiros e cônjuges e outra por irmãos.⁶⁴⁸ Esse instrumento simplifica a liquidação individual, bastando a demonstração dos pressupostos para a adequação à classe, o que, inclusive, pode ser facilitado pela objetivação e pela redução do módulo de prova. Assim, por exemplo, o magistrado pode definir previamente um rol de documentos aptos a demonstrar a condição de vítima e o ajuste do indivíduo a alguma das categorias de dano. Se bem estruturadas, essas matrizes de danos podem conviver em harmonia com o princípio da *restitutio ad integrum* da responsabilidade civil, considerando que a tutela coletiva deve buscar sempre a solução proporcional, ainda que não perfeita.⁶⁴⁹ Evita-se, ainda, que indivíduos na mesma ou semelhante situação recebam indenizações díspares.

Pode-se optar também pela definição de uma fórmula matemática que permita a apuração simplificada do valor devido a cada vítima, de forma ajustada às peculiaridades do caso concreto.⁶⁵⁰ Como exemplo, podemos imaginar a situação da falta de abastecimento de água em área rural, atingindo famílias agricultoras, que sofrem danos morais, calculados em progressão geométrica em razão da quantidade de dias sem abastecimento, e prejuízos materiais, calculados de forma proporcional à área plantada de determinado alimento. Novamente, estaria garantida a isonomia entre as vítimas e a liquidação ocorreria de maneira facilitada, em benefício dos indivíduos e do próprio Poder Judiciário.

Enfim, a criatividade dos atores do processo é o limite nesse caso, desde que guardada a razoabilidade no método utilizado e desde que sua aplicação seja inteligível às partes. Em todas as hipóteses, ou ficará dispensada a fase de liquidação ou ela será simplificada, em razão dos parâmetros já estabelecidos na decisão condenatória, que podem, inclusive, versar sobre a suficiência probatória.

Considerando que a sentença coletiva não pode fazer coisa julgada em desfavor do indivíduo (art. 103, inciso III, CDC), aquele que se sentir prejudicado pela indenização fixada coletivamente poderá discutir a sua situação particular em juízo,

⁶⁴⁸ https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/07/17/interna_gerais,1070216/conheca-o-acordo-que-preve-indenizacoes-de-r-700-mil-a-parentes.shtml

⁶⁴⁹ Nesse sentido, Rachel Mulheron, autora importantíssima no tema da tutela coletiva em perspectiva comparada, sugere como um dos objetivos dos regimes de ações coletivas a busca por soluções proporcionais, ainda que não sejam perfeitas (MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004, p. 50-52).

⁶⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, pp. 144.

demonstrando eventual discrepância entre o valor arbitrado e o prejuízo concreto. O mesmo se aplica para aqueles que eventualmente não se enquadrem em nenhuma das categorias preestabelecidas ou cujo dano decorrente do ilícito reconhecido guarde peculiaridades não antecipadas pela sentença coletiva.⁶⁵¹

Sempre que definida desde logo a liquidez da obrigação ou estabelecidos critérios que reduzem a complexidade da atividade liquidatória, sobretudo quando agregadas técnicas que se propõem a facilitar a distribuição das indenizações, como se verá mais adiante, os ônus inerentes à ação individual de liquidação, que tem lugar no caso da sentença condenatória genérica, são transferidos para eventual caso de rediscussão pelo indivíduo prejudicado, o que nos parece mais razoável. Na prática, a situação de rediscussão seria pouco provável, considerando todo o transtorno relacionado à propositura de uma demanda. Ao nosso ver, o indivíduo racional apenas buscaria diferenciar a sua situação, por meio de ação judicial, caso o valor a maior esperado fosse drasticamente maior do que aquele fixado, o que não deve ocorrer caso a fixação dos parâmetros indenizatórios tenha sido realizada de forma ponderada e observada a participação em contraditório do legitimado.

Em suma, um mecanismo para outorgar efetividade e a prestação de jurisdicional eficiente à tutela de direitos individuais homogêneos, passa, sempre que possível, por uma condenação líquida ou, pelo menos, por uma sentença que já contemple a situação fática individual na maior extensão possível, resguardada, em todo caso, a possibilidade de discussão judicial para indivíduos prejudicados.

Essa é a tendência, inclusive, adotada pelos Projetos de Lei atualmente em trâmite sobre o tema (art. 22, PL n. 4441/2020; art. 30, PL n. 4778/2020).

3.2.2 A técnica de sentença mandamental (e o uso de medidas coercitivas) em favor da tutela ressarcitória

⁶⁵¹ O art. 30 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos previa que, sempre que possível, o juiz fixaria na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou categoria, com a possibilidade de estabelecer fórmulas matemáticas para a definição do valor dos danos. O parágrafo terceiro do mesmo artigo assegurava que “o membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18).

Já concluímos anteriormente que a sentença condenatória genérica, também no contexto dos processos coletivos e especificamente nos casos envolvendo direitos individuais homogêneos, revela, ao menos de partida, técnica insuficiente e pouco efetiva, na medida em que, da forma como prevista nos art. 91 e ss., do Código de Defesa do Consumidor, condiciona a realização do direito individual à propositura de uma demanda de liquidação – em rigor, um novo processo de conhecimento – e sua posterior execução, colocando em risco o acesso à justiça e a própria gestão eficiente dos litígios pelo Poder Judiciário.

Vimos, contudo, que o art. 83 do diploma consumerista admite todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela de direitos individuais homogêneos, do que se extraiu, também, o cabimento de qualquer tipo de provimento jurisdicional para realizar praticamente o direito, ainda que diverso daquele indicado pelo demandante. Defendemos, ainda, a releitura do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz a imposição de um fazer ou um não fazer mediante ordem sob pena de multa ou de outras medidas atípicas, a partir do art. 139, IV, do CPC/2015, estendendo a possibilidade também para as obrigações de pagar, o que permitiria o uso da técnica mandamental para a tutela ressarcitória de direitos individuais homogêneos.

A adoção da técnica mandamental e o uso de medidas coercitivas pode ser útil nos casos de sentenças líquidas, atribuindo-se ao réu o dever de distribuir as respectivas indenizações aos indivíduos, ou mesmo, nos casos em que o réu tenha capacidade inequívoca de liquidar a sentença, identificando as vítimas e efetuando o cálculo de suas indenizações, com base em informações próprias, situação em que a atividade de liquidação aparece como obrigação lateral ao ressarcimento. Vejamos alguns exemplos.

No caso de uma ação coletiva de revisão de contratos bancários, em que se declara a nulidade de determinada cláusula abusiva, com o reconhecimento do direito à devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, é possível que se determine o depósito da quantia, cujo valor é conhecido, nas contas dos correntistas da instituição financeira, sob pena de multa cominatória em caso de descumprimento.⁶⁵² Situação semelhante ocorre no caso de cobrança a maior ou interrupção de determinado serviço público, como de energia elétrica, caso em que o

⁶⁵² SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 177.

ressarcimento, pelo valor cobrado a maior e até mesmo pela ofensa moral, podem ser pagos através de descontos nas faturas vincendas.⁶⁵³ O mesmo pode ocorrer na hipótese de reajuste abusivo de mensalidade, em planos de saúde, em que a devolução dos valores pode ocorrer pelo desconto nas cobranças futuras.⁶⁵⁴

Um exemplo concreto de utilização da técnica mandamental é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.291.213/SC (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 25.09.2012), na qual, diante da constatação de que determinada empresa de telefonia oferecia planos sem alertar para as limitações de seu uso, determinou-se a devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares e, ante a existência de danos morais, o desconto de 5% em cada conta por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso. No REsp 767.741/PR (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 24/08/2010), o STJ declarou não haver qualquer ofensa à lei federal na determinação do juízo de origem para que o Banco do Brasil, condenado em demanda relativa a expurgos inflacionários, depositasse os valores devidos em nome dos poupadores listados no processo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Por ocasião do julgamento do RE 1.304.953/RS (3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08/09/2014), no qual foi reconhecido o enriquecimento sem causa de instituição financeira que cobrava taxa por pagamentos mediante boleto, o STJ reconheceu que, em demandas sobre direitos individuais homogêneos, é possível determinar a forma de liquidação ou estabelecer meios tendentes a conferir maior efetividade à sentença, desde que essas medidas se voltem uniformemente para todos os interessados, mantendo o caráter indivisível do julgado.

Mesmo naqueles casos em que a sentença não pôde ser proferida de forma líquida e que o réu não tenha condições de identificar facilmente as vítimas e os danos individuais, é possível a determinação da criação de um mecanismo simplificado de habilitações, junto ao responsável pelos danos, a fim de distribuir as indenizações aos

⁶⁵³ ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos**: análise crítica e propostas. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 84-85; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016, p. 143.

⁶⁵⁴ GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, v. 953, p. 223-257, 2015.

atingidos.⁶⁵⁵ Esse mecanismo será abordado em tópico específico, mas cabe adiantar, desde logo, a possibilidade da utilização de provimentos mandamentais, a fim de que a parte executada cumpra de forma adequada a determinação de pagamento extrajudicial das indenizações.

Em todas essas situações, a fase de liquidação e de execução da sentença coletiva é dispensada ou pelo menos simplificada e, na mesma medida, se torna mais acessível e mais efetiva. De outra maneira, utilizando-se o modelo tradicional de cumprimento de sentenças coletivas, a realização dos direitos individuais ficaria condicionada à propositura de uma demanda autônoma de liquidação e execução individual pelas vítimas, o que torna absolutamente inconveniente o método de reparação coletivo. A técnica mandamental, além de reforçar o cumprimento da obrigação mediante a aplicação de medidas coercitivas, garantindo a efetividade da execução, tem um relevante potencial inclusivo, proporcionando o acesso à justiça inclusive para aqueles que, na configuração tradicional do cumprimento de decisões coletivas, para a tutela de direitos individuais homogêneos, não teriam incentivos suficientes para buscar a sua execução individual.⁶⁵⁶

É claro que essa opção transfere para o réu condenado os encargos relacionados à liquidação e à execução, mas, se fosse de outro modo, arcariam com esses ônus as próprias vítimas do evento danoso.⁶⁵⁷ Cumpre relembrar que o critério da maior efetividade da execução para a parte exequente precede a verificação da menor onerosidade para o executado. Quer dizer, não pode ser considerada legítima a opção por meio executivo menos oneroso ao devedor se a técnica escolhida for incapaz de realizar a tutela efetiva do direito ou o fizer de modo muito oneroso para o exequente, aquele que deveria se beneficiar do processo.

Outro fator que torna inadequada a utilização dos meios tradicionais de sub-rogação, além de uma maior facilidade de proteção patrimonial de que dispõem os litigantes habituais, é o fato de que o executado normalmente não tem qualquer interesse em adimplir o débito e, em razão, disso, se utiliza de todas as formas possíveis para postergar o cumprimento da obrigação. Na realidade, como nota

⁶⁵⁵ VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. — Brasília: ESMAF, 2014, p. 104-105.

⁶⁵⁶ REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça** editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 268.

⁶⁵⁷ GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, v. 953, p. 223-257, 2015.

Alexandre Freitas Câmara, a demora pode ser extremamente lucrativa para o litigante habitual, que prefere manter o dinheiro investido ou, no caso das instituições financeiras, utiliza os valores para a sua atividade fim lucrativa.⁶⁵⁸ Nesses casos, desde que o devedor disponha efetivamente de patrimônio, a determinação de pagamento, acoplada à medida coercitiva adequada ao caso concreto, se mostra a solução mais adequada.⁶⁵⁹

A técnica mandamental também se adequa melhor ao critério da proporcionalidade panprocessual, na medida em que evita que o funcionamento do Poder Judiciário fique comprometido em razão das inúmeras liquidações e execuções individuais que podem decorrer da sentença coletiva. Permite-se, assim, o tratamento conjunto do litígio também na fase de cumprimento de sentença, preservando-se os benefícios decorrentes da molecularização das pretensões individuais. Os custos diretos do procedimento diminuem drasticamente, na medida em que a função de distribuição dos valores é transferida para um ator que pode fazê-lo de modo muito menos oneroso, tornando a resolução do litígio extremamente eficiente para o Judiciário.

Isto considerado, o magistrado deve realizar o juízo de adequação da técnica mandamental ao caso concreto, de forma abstrata, preferindo-a em relação à sub-rogação típica quando esta se mostre, em tese, incapaz de alcançar o cumprimento da decisão de forma eficaz e dentro de esforço razoável, para o exequente e para o próprio Poder Judiciário. Fica, assim, atendido o requisito da subsidiariedade reconhecido pelas Cortes Superiores na utilização de medidas atípicas para a obrigação de pagar. Na realidade, a adição de um fazer à obrigação de pagar, relacionado à liquidação ou mesmo à distribuição dos valores (e.g. um depósito), torna o comando sentencial verdadeira ordem, a qual, ninguém duvida, pode ser reforçada

⁶⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos**: lendo o art. 139, IV, do CPCIn: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 258-261.

⁶⁵⁹ Segundo Talamini, “se o devedor está insolvente (i.e., tem patrimônio em valor inferior ao da dívida), sem perspectiva de que a situação se altere, cabe declarar-se judicialmente essa situação, submetendo-o à execução concursal (falência ou insolvência civil) e extinguindo-se a execução individual, sem que nessa caiba medida coercitiva.(...) A cominação de multa ou outra medida coercitiva, nessa hipótese, seria despropositada, dada a impossibilidade de o devedor pagar.” (TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. in: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 349).

por meio de medidas coercitivas, em especial pela multa.⁶⁶⁰

Resgata-se, aqui, a legitimidade dos entes relacionados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor para atuar na fase de liquidação e execução coletiva, aptos a requerer a aplicação da medida mandamental mais adequada à efetivação dos direitos individuais e a acompanhar o cumprimento da determinação pelo réu coletivo.⁶⁶¹ Embora o legitimado possa influenciar a decisão sobre o tipo de provimento a ser utilizado, a partir do exercício do contraditório, o emprego da técnica mandamental não depende de pedido específico, seja na petição inicial ou na fase de cumprimento de sentença, cabendo ao magistrado ordenar a satisfação da prestação sempre pelo meio que entender mais efetivo.⁶⁶²

Finalmente, no sentido do que foi desenvolvido neste item, vale comentar que o PL 4441/2020, atualmente em trâmite, prevê um mecanismo de distribuição das indenizações individuais às vítimas, preferencial ao modelo de liquidação e execução individuais, estando o magistrado habilitado a determinar ao réu as providências

⁶⁶⁰ Segundo Eduardo Talamini, “o emprego das medidas atípicas, sobretudo as de coerção, está vinculado à existência de uma verdadeira *ordem* judicial. Elas se destinam a atribuir mais eficiência a comando que impõe diretamente uma conduta ao jurisdicionado” (TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. in: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 355). A sentença condenatória, a partir da lição clássica de Liebman, não conteria qualquer ordem, mas apenas declaração da situação existente entre as partes segundo o direito vigente, razão pela qual a sentença condenatória não poderia se vincular a uma medida atípica, no entender dessa doutrina. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 15).

⁶⁶¹ VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. — Brasília: ESMAF, 2014, p. 104.

⁶⁶² Segundo a doutrina especializada, não incide, sobre a técnica a ser utilizada, a regra da congruência entre a petição inicial e a sentença. Vejamos: “a regra da congruência está afastada não apenas quanto às medidas de apoio ao cumprimento da tutela jurisdicional como também ao próprio conteúdo da prestação imposta, desde que isso seja justificadamente necessário e adequado para alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (DIDIER JR, Fredie et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 348-349). No mesmo sentido: “(...) *não importa se a parte pede uma técnica específica* – v.g., multa coercitiva, expropriação de bens ou sub-rogação da obrigação a terceiros – deve o juiz, ao julgar procedente o pedido, ordenar a satisfação da prestação sempre pelo meio que entender mais efetivo. E, se houver mais de um meio igualmente efetivo, deve sempre eleger aquele que cause o menor sacrifício possível ao executado. (...) Assim, especificamente no que se refere às prestações pecuniárias, não cabe ao autor escolher se pretende que o dinheiro lhe seja entregue por meio de “execução por expropriação” ou se prefere o emprego de multa coercitiva. Cumpre-lhe apenas especificar, no seu pedido, a pretensão que deseja ver satisfeita: certa quantia em dinheiro. (...) Caberá ao juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, sopesar as técnicas viáveis e eleger aquela que melhor se amolda à situação vivenciada, nos termos do art. 139, IV, do CPC” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018, p. 849).

materiais destinadas ao cumprimento de obrigação.⁶⁶³

3.2.3 Distribuição das indenizações a cargo do violador do direito

Já adiantamos que, mesmo nos casos em que a sentença não puder ser proferida de forma líquida ou quando o réu não tiver condições de identificar facilmente as vítimas e os danos sofridos, é possível a determinação de providências ao réu coletivo para que, de forma extrajudicial, distribua as indenizações aos indivíduos atingidos.

Com efeito, a proposta em questão envolve a implementação, junto à parte condenada, de um método simplificado de habilitação e indenização das vítimas, na forma de um canal de pagamentos, dispensando a fase de liquidação e de execução judicial. Incumbiria ao responsável pela distribuição das indenizações a criação desse instrumento, que pode ser físico, em seus estabelecimentos⁶⁶⁴, ou totalmente eletrônico, bem como a sua divulgação ao público⁶⁶⁵, viabilizando a habilitação das vítimas. Com a aprovação judicial do mecanismo elaborado, a atividade se desenvolveria de forma extrajudicial, cabendo à parte condenada a análise das habilitações e dos documentos apresentados, com a verificação da condição de vítima e do valor devido, seguido da realização do pagamento. Há, aqui, além de clara medida de flexibilização do procedimento em prol da realização efetiva da tutela, um

⁶⁶³ Art. 44 Na ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, a indenização determinada será revertida, prioritariamente, às vítimas do evento. §1º Para viabilizar a entrega dos valores às vítimas, o juiz poderá determinar ao réu providências materiais destinadas ao cumprimento de obrigação. §2º As providências previstas no §1º podem consistir em identificação de vítimas, com emissão de correspondência ou qualquer outro meio idôneo de comunicação, cientificando as potenciais vítimas dos valores que têm a receber, depósito em conta corrente ou crédito em conta de consumo de valores devidos, bem como quaisquer outras medidas destinadas a fazer com que os valores revertam diretamente para os seus titulares. §3º Os custos das atividades previstas no §1º não podem ser subtraídos do valor devido ao grupo lesado. §4º Decorrido o prazo prescricional para a execução individual sem que tenha havido habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados à ação civil pública, no prazo de um ano, promover a liquidação e execução da indenização devida, que será revertida a um fundo ou atividade, na forma desta Lei. §5º Na definição da indenização prevista no §4º, o juiz levará em consideração os valores já desembolsados pelo réu para pagamento das vítimas.

⁶⁶⁴ Como sugere a doutrina em VITORELLI, Edilson. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. — Brasília: ESMAF, 2014, p. 104-105.

⁶⁶⁵ Como mencionado anteriormente, a divulgação da sentença coletiva pode ser imposta ao causador do dano como obrigação adicional, correndo às suas expensas, sobretudo porque que já houve definição acerca de sua responsabilidade. O mesmo poderia ocorrer nesse caso, para a divulgação do mecanismo de distribuição das indenizações.

exemplo de desjudicialização da atividade executiva (e liquidatória) por decisão judicial, na medida em que o magistrado delega parte do exercício da atividade jurisdicional para pessoa não integrante do Poder Judiciário.⁶⁶⁶

Como já ressaltado, a desjudicialização da atividade não pode retirar do Poder Judiciário a chamada função de tutela, isto é, o poder de controlar os atos praticados pelo delegatário, ainda que *a posteriori*, e de julgar eventuais controvérsias que venham a surgir ao longo da delegação. Assim, em caso de discordância entre o réu coletivo e o indivíduo habilitante, seja no que diz respeito ao valor da indenização ou à própria existência do dever de indenizar no caso concreto, fica assegurada a possibilidade de o indivíduo, representado por um advogado, levar a discussão ao Poder Judiciário, que exercerá a cognição plena sobre a questão, porém em caráter secundário.⁶⁶⁷ Além disso, o juiz deve manter a supervisão e a fiscalização da atuação da parte encarregada de receber as habilitações e distribuir as indenizações, mediante a apresentação, por exemplo, de relatórios que demonstrem o regular funcionamento do mecanismo. A supervisão também pode ocorrer *ex ante*, ou seja, a partir do estabelecimento de linhas gerais de atuação, parâmetros e diretrizes, já no momento da delegação.⁶⁶⁸

Na realidade, a distribuição das indenizações a cargo do violador dos direitos pode apresentar resultados ainda melhores quando a sentença estabelece previamente um valor indenizatório mínimo, uma fórmula matemática ou padrões de indenização a partir de categorias de vítimas.⁶⁶⁹ Do mesmo modo, o magistrado pode estipular quais documentos servem para a prova de determinada situação, estabelecendo um *standard* probatório mais objetivo e facilitando a análise dos pedidos de habilitação e o seu eventual controle judicial. Assim, por exemplo, o magistrado pode definir previamente um rol de documentos aptos a demonstrar a condição de vítima ou o ajuste do indivíduo a alguma das categorias de dano, ou mesmo os elementos que compõem a fórmula matemática utilizada para o cálculo do

⁶⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. XX.

⁶⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 127.

⁶⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 486-488.

⁶⁶⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 127.

valor devido. Considerando que a análise das habilitações neste modelo é feita pela própria parte condenada e, portanto, interessada no litígio, o estabelecimento de critérios prévios torna a avaliação menos subjetiva e mais precisa, além de simplificar a atuação do executado coletivo, que provavelmente não está familiarizado com a atividade de análise probatória.

Vale registrar, ainda, que a distribuição das indenizações a cargo do violador do direito já foi objeto de proposta de alteração legislativa no Código de Processo Civil Coletivo de autoria de Antônio Gidi. Embora o Anteprojeto Original tenha sido rejeitado, acreditamos que o expediente em análise encontra fundamento direto na garantia constitucional do processo adequado e efetivo, prescindindo de previsão legislativa expressa. Resgatamos o texto do Anteprojeto, apenas a título histórico e comparativo. Segundo o art. 26.1 do texto proposto "após o trânsito em julgado da decisão, o réu deverá indenizar os membros do grupo voluntariamente, independentemente de instauração de processo de liquidação ou execução, mediante produção suficiente de provas por parte dos membros do grupo que se habilitarem"⁶⁷⁰. Note-se que o dispositivo incentiva o cumprimento da sentença pelo próprio causador do dano, através de habilitações dos membros do grupo, observada a exigência de prova suficiente das situações individuais. Considerando que o texto utiliza o conceito jurídico indeterminado de "prova suficiente", em nosso ver, seria dever do magistrado preenchê-lo, a fim de esclarecer o módulo de prova necessário à parte responsável pela análise das habilitações.

Apesar de o Anteprojeto não trazer qualquer previsão sobre a aplicabilidade de medidas indutivas, ao comentar o art. 26.1 da proposta, Gidi sugere que caso o réu não cumpra a sentença voluntariamente, "será punido com multa de valor crescente, proporcional à sua conduta"⁶⁷¹. Para a proposta aqui apresentada, essa conclusão, além de atualmente possuir previsão expressa no CPC no art. 139, IV, nos parece absolutamente necessária para garantir o funcionamento efetivo desse mecanismo. São raras as situações em que o réu irá cumprir voluntariamente a determinação judicial, sem que haja nenhum tipo de pressão ou incentivo para tanto. Prova disso é a previsão expressa no Código de Processo Civil de um dever das

⁶⁷⁰ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 155.

⁶⁷¹ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 318.

partes de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, sem criar embaraços à sua efetivação (art. 77, inciso IV). Nessa medida, seria ingênuo acreditar que o réu coletivo realizaria voluntariamente todos os pagamentos, de maneira justa e correta, razão pela qual a utilização de medidas indutivas, de pressão positiva ou de coerção, se mostra essencial para o bom funcionamento desse mecanismo.

Desse modo, o magistrado poderia determinar ao réu coletivo a criação de uma plataforma para habilitações, inclusive de forma *online*, a sua divulgação, e o processamento dos pedidos de pagamento (atividade delegada), com a apresentação de relatórios detalhando o funcionamento do mecanismo, sob pena de multa por descumprimento.

De outro lado, poderíamos pensar até mesmo no oferecimento de uma vantagem ao réu coletivo para o cumprimento da ordem judicial, como por exemplo a não propositura da liquidação em favor do fundo prevista no art. 100, CDC, pelo legitimado coletivo. Com efeito, a demanda reparatória sobre direitos individuais homogêneos não tem qualquer compromisso com a tutela de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, apesar das verbas do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) serem, segundo a legislação, destinadas à sua proteção. Além disso, o caráter indisponível desses direitos não impede esse tipo de transação, já que a sua proteção não está diretamente em jogo, além da melhor doutrina atual já reconhecer que, muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação, “não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito”.⁶⁷² Nesse sentido, a propósito, a nova

⁶⁷² Para Elton Venturi, “(...) o mero fato de um interesse ou direito ser considerado “indisponível”, (...) não pode implicar sua automática inegociabilidade”. Segundo o autor “em um Estado no qual existam e funcionem estruturas institucionais democráticas e independentes (tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a imprensa, e as organizações sociais, dentre outras), bem como procedimentos de representatividade social que permitam a adequada manifestação da vontade dos cidadãos (tal como as audiências públicas), não parece razoável que o interesse público e os direitos difusos e coletivos sejam considerados inegociáveis ou intransacionáveis, pela mera e abstrata rotulagem da indisponibilidade. Para além disto, resta indagar: é ainda a melhor opção para o sistema de Justiça nacional que os conflitos relacionados com os direitos indisponíveis sejam sempre “resolvidos” por via da tradicional fórmula da adjudicação estatal, realizada, em regra de forma solitária e impositiva? Não seria mais adequado, legítimo e democrático que tais conflitos passassem a ser cada vez mais suscetíveis a francas negociações que, para além de necessariamente envolverem o Ministério Público, a Advocacia Pública, as demais entidades colegitimadas para a proteção dos interesses ou direitos em disputa e até mesmo diretamente a população envolvida, ainda contaria sempre com a supervisão do Poder Judiciário?” (VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. **Revista de Processo**. v. 251, p. 391-426, 2016). Para Egon Bockmann Moreira, por sua vez, nos casos de negociação entre entes públicos e privados, deve ser dada às autoridades públicas a prerrogativa da criatividade, possibilitando-se a melhor formatação de soluções para situações jurídicas muitas vezes antes não

redação do art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), dada pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), introduziu a autocomposição na esfera da improbidade administrativa, prevendo a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível, evitando a propositura da “ação” sancionatória. Assim, nos parece plenamente possível a celebração de acordo entre legitimado e réu coletivo, no sentido de não propositura da liquidação subsidiária do art. 100, CDC – que tem caráter exclusivamente sancionatório no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos – caso cumprida a determinação judicial, de modo a gerar a chamada pressão positiva sobre a parte condenada.

Em síntese, plenamente possível a determinação de providências ao réu coletivo para que, de forma extrajudicial e administrativa, receba habilitações e distribua indenizações às vítimas de violações massivas a direitos individuais, inclusive com a adoção de técnicas mandamentais na prestação da tutela ressarcitória, com nítidos ganhos sob o prisma da prestação jurisdicional efetiva e eficiente.

3.2.4 Delegação de atos de liquidação e execução a terceiros: a figura dos *special masters* do direito estadunidense e o administrador judicial do direito falimentar

No exercício da gestão de competências pelo Poder Judiciário e através de decisão judicial, as atividades relacionadas à liquidação e à execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos também podem ser delegadas a terceiros, que ficariam responsáveis pelo recebimento das habilitações e pela expropriação de bens e valores para o ressarcimento das vítimas.

Esse tipo de delegação tem inspiração direta nos chamados *masters*⁶⁷³ do direito estadunidense, agentes particulares que auxiliam o magistrado, assumindo funções relacionadas ao processamento dos casos, principalmente quando a Corte

imaginadas. MOREIRA, Egon Bockmann. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. **Gazeta do Povo**, 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/negociacoes-publico-privadas-sob-a-lei-mas-para-alem-do-texto-da-lei/>; Acesso em: 31 de agosto de 2020.

⁶⁷³ Costuma-se fazer referência à figura dos masters com diversos outros termos. Vejamos: “Masters, special masters, standing masters, hybrid masters, magistrates, marshalls, monitors, ombudsmen, administrators, inspectors, receivers, referees, commissioners, examiners, auditors, and assessors—these are among the many terms used more or less interchangeably to describe those designated to assist the courts in the litigation process in particular cases or classes of cases” (BRAKEL, Samuel Jan. Special Masters in Institutional Litigation. **Law & Social Inquiry**, v. 4, n. 3, p. 543-569, 1979, p. 549).

não possui capacidade de tratá-los de forma célere e eficiente.⁶⁷⁴

Quando as *Federal Rules of Civil Procedure* foram promulgadas, em 1938, o papel dos *masters*, segundo a Rule 53, limitava-se à colheita de depoimentos de testemunhas e à emissão de pareceres sobre prova em determinados casos específicos. Segundo a doutrina, no final do século passado, com um aumento exponencial no número de processos e com o surgimento de diversos tipos de litígios coletivos complexos, a presença dos *masters* passou a ser muito mais frequente, principalmente naqueles casos que ameaçassem consumir muito tempo do magistrado, que envolvessem tarefas mecânicas ou que fossem extraordinariamente técnicos ou complexos.⁶⁷⁵ De certo modo, o recurso a esses auxiliares passou a ser entendido como uma medida de eficiência processual, de economia de recursos humanos escassos, sobretudo de tempo e de atenção dos juízes, representando verdadeira providência de gerenciamento de casos.⁶⁷⁶ Os *masters* também tiveram seu campo de atuação significativamente ampliado, passando a supervisionar instruções probatórias mais complexas e a assistir o cumprimento de decisões judiciais.⁶⁷⁷ Aliás, a revisão da Rule 53, realizada no ano de 2003, além de consolidar essa versão prestigiada do *master*, também previu expressamente a sua possibilidade de atuação na fase *post-trial*, isto é, no momento de cumprimento das decisões judiciais (ou de acordos).⁶⁷⁸

Como já adiantado no capítulo 2, atualmente, no âmbito da execução civil estadunidense, os *masters* são designados para supervisionar casos de *structural injunctions*, em que se deve monitorar o cumprimento de decisões envolvendo reformas institucionais, e para conduzir a distribuição de indenizações individuais após verificada a responsabilidade civil do autor do dano em massa por meio de acordo ou julgamento.⁶⁷⁹ Nesse último caso, o *master* fica responsável por administrar e distribuir

⁶⁷⁴ FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 1269 – 1298, 2005, pp. 1274-1275.

⁶⁷⁵ SCHEINDLIN, Shira. We Need Help: The Increasing Use of Special Masters in Federal Court. **DePaul L. Rev.**, v. 58, p. 479-486, 2008, pp. 479; BRAKEL, Samuel Jan. Special Masters in Institutional Litigation. **Law & Social Inquiry**, v. 4, n. 3, p. 543-569, 1979, p. 551.

⁶⁷⁶ FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 1269 – 1298, 2005, pp. 1271.

⁶⁷⁷ FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 1269 – 1298, 2005, pp. 1273.

⁶⁷⁸ FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 1269 – 1298, 2005, pp. 1276.

⁶⁷⁹ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 15, n. 59, p. 72-97, 1990.

os montantes provenientes do acordo ou da condenação, a partir da avaliação das pretensões individuais, podendo a Corte preestabelecer critérios sobre prova da condição de beneficiário e/ou sobre o valor da indenização, ou permitir que o auxiliar crie seu próprio esquema de ressarcimento.⁶⁸⁰

No Brasil, a legislação prevê figuras análogas à do *master* do direito estadunidense, com funções executivas, pelo menos em dois casos específicos. O primeiro deles, decorre da previsão do art. 866, § 2º, do CPC, que possibilita a nomeação de um administrador-depositário no caso de penhora de faturamento da empresa, o qual poderá realizar a expropriação das quantias para fins de pagamento da dívida, desde que aprovado um plano de atuação pelo juiz e prestadas as contas mensalmente. O segundo caso diz respeito à previsão contida nos art. 102 e seguintes da Lei 12.529/2011, que prevê a possibilidade de o juiz nomear interventor para realizar a execução específica na empresa que viole o sistema de concorrência, com a necessidade de apresentação de relatório mensal de atividades e de relatório circunstanciado de gestão.⁶⁸¹

Além disso, no que diz respeito à função de distribuição de indenizações individuais em massa, a atuação do *master* se assemelha muito ao trabalho realizado pelo administrador judicial previsto na Lei 11.101/2005, sobretudo nos casos de falência. Segundo o inciso I, letras e e f, do art. 22 da Lei 11.101/2005, ao administrador compete, sob a fiscalização do juiz, elaborar a relação de credores e consolidar o quadro-geral, a partir dos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e dos documentos que lhe forem apresentados pelos credores (art. 7º, Lei 11.101/2005), atividade que se assemelha muito à análise das pretensões indenizatórias individuais. A letra I, do inciso I, art. 22, incluída pela Reforma da Lei de Recuperação e Falências (Lei 14.112/2020), ainda possibilita a criação de endereço eletrônico específico para o recebimento de pedidos de habilitação, com modelos que poderão ser utilizados pelos credores. É assegurada, ainda, a possibilidade de impugnação judicial à relação de credores, no que diz respeito à legitimidade,

⁶⁸⁰ BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: Extending the judiciary or reshaping adjudication. **U. Chi. L. Rev.**, v. 53, p. 394-423, 1986, p. 396; FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 1269 – 1298, 2005, pp. 1284.

⁶⁸¹ Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart destaca o caráter estrutural dessas medidas, defendendo a possibilidade de, nesse tipo de litígio coletivo complexo, nomear-se um interventor para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional. (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013, p. 389-410).

importância ou classificação do crédito, garantindo o controle eventual do Poder Judiciário sobre os atos praticados pelo administrador (art. 8º, Lei 11.101/2005). Finalmente, o inciso III, alínea *i*, permite, na falência, a prática dos atos necessários à realização do ativo e ao pagamento dos credores, atribuindo-se ao administrador as funções de expropriação de bens e de pagamento.

Na realidade, todo o procedimento de reparação dos indivíduos da coletividade atingida por um ilícito, mediante a distribuição de valores proporcionais ao dano pelos auxiliares da Corte (*masters*), guarda certa semelhança com o *modus operandi* da falência, que é, essencialmente e do ponto de vista processual, um procedimento de execução coletiva.⁶⁸² A partir da venda dos bens arrecadados e da cobrança dos devedores da sociedade, busca-se, no processo de falência, a satisfação do passivo, ou seja, o pagamento dos credores da empresa que se encontra em estado de insolvência econômica. Para tanto, o processo falimentar segue um tipo de execução concursal do patrimônio do devedor, dispensando a propositura de demandas individuais por cada um dos credores e concentrando as pretensões no juízo universal, do principal estabelecimento empresa, além de garantir o tratamento paritário dos credores (*par condicio creditorum*), proporcionando chances iguais de realização do crédito àqueles sujeitos pertencentes a uma mesma categoria.⁶⁸³

A mesma lógica, percebe-se, é aplicada na distribuição de fundos das *class actions* no direito estadounidense: julgada a demanda ou aprovado o acordo, em valor fixo, o montante pago é distribuído aos membros da classe mediante a habilitação das vítimas por *claim forms* e, em caso de deficiência de dinheiro no fundo em relação ao valor total reclamado pelos indivíduos habilitados, o valor das indenizações é reduzido de forma proporcional, garantindo a igualdade na compensação de danos.⁶⁸⁴

Em nosso sistema, sugere-se que o ato de delegação de atividades relacionadas à liquidação e à execução de sentenças coletivas sobre direitos

⁶⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 385, p. 101-112, maio/jun, 2006, pp. 102.

⁶⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3: direito de empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 252-255. Evita-se, assim, a incidência do art. 797, do CPC, que consagra a máxima do *prior in tempore, potior in jure*, isto é, o primeiro no tempo tem preferência no direito. Confirma-se o teor do dispositivo: “Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. Parágrafo único. Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência.”

⁶⁸⁴ MCGOVERN, Francis E. Distribution of Funds in Class Actions-Claims Administration. **J. Corp. L.**, v. 35, p. 123-134, 2009, p. 133.

individuais homogêneos institua um esquema de atuação semelhante ao do administrador judicial da Lei 11.101/2005 e, de um modo geral, uma estrutura análoga à do procedimento de execução concursal falimentar.⁶⁸⁵

Assim, ao invés de habilitar créditos, o administrador poderia ficar encarregado de analisar as pretensões indenizatórias individuais, através de formulários, certificando a existência e o valor do dano, assim como o seu nexo de causalidade em relação ao ilícito. Novamente, o juiz deve, sempre que possível, preestabelecer categorias de danos, valores mínimos ou fórmulas matemáticas, facilitando a atividade de liquidação, além de designar *standards* probatórios reduzidos e objetivos, listando, por exemplo, documentos suficientes para a habilitação perante o administrador. As pretensões poderiam, inclusive, ser veiculadas por meio eletrônico e a partir de formulários modelo ou formulários por opção, como permite a recém incluída alínea *l*, inciso I, art. 22, da Lei de Recuperação e Falências, além de ser possível a criação de *website* com informações atualizadas sobre o processo e o esquema de distribuição de indenizações, como permite a alínea *k* do mesmo inciso, sempre visando facilitar a participação das vítimas.⁶⁸⁶

Um possível modelo seria o seguinte: escoado o prazo para as habilitações⁶⁸⁷, preferencialmente estabelecido pelo magistrado, e divulgados os resultados, abrir-se-ia espaço para eventuais impugnações pelas vítimas, devidamente representadas por advogado, a serem decididas pelo juízo responsável pelo processamento da ação coletiva. Com a consolidação do quadro de vítimas e do valor dos danos, por aceitação tácita dos participantes ou a partir da análise judicial das impugnações, teriam início os atos de execução, que poderiam, inclusive, contar com a colaboração do administrador (art. 22, inciso III, alínea *i*, Lei 11.101/2005) e, posteriormente, de

⁶⁸⁵ Schenkel defendeu a proposta de lei nesse sentido

⁶⁸⁶ Como já ressaltado, essa preocupação com o acesso facilitado das vítimas à indenização está sempre presente nas discussões sobre a distribuição dos fundos no direito estadunidense: "It is now possible to have multiple forms to meet all of those needs: electronic forms, web forms, pre-populated forms, certification forms, option forms, and many others to reduce the burden of filing and claim processing. By tailoring forms to certain claimants and standardizing forms for others, it may be possible to increase response rates significantly." (MCGOVERN, Francis E. *Distribution of Funds in Class Actions-Claims Administration*. **J. Corp. L.**, v. 35, p. 123-134, 2009, p. 125).

⁶⁸⁷ Sem prejuízo da análise judicial de pedidos de habilitação retardatários, até a decisão de encerramento do processo, ou mesmo do exercício da pretensão de modo individual dentro do prazo prescricional, o que, em nosso ver, não seria tão comum, desde que adequadamente divulgada a execução concursal, considerando os gastos relacionados ao processamento da demanda individualmente.

distribuição dos valores aos habilitados.⁶⁸⁸

Nesse modelo, garante-se a igualdade entre as vítimas habilitadas, sendo plenamente possível a redução proporcional das indenizações caso os recursos financeiros do devedor sejam limitados. Além disso, esse esquema tem potencial para incrementar a eficiência da atuação judiciária, na medida em que as tarefas mecânicas relacionadas ao cumprimento de sentenças coletivas sobre direitos individuais são atribuídas ao terceiro, custeado pelo próprio réu⁶⁸⁹, liberando recursos materiais e humanos para a atuação do órgão jurisdicional em outros casos.⁶⁹⁰ Ademais, concentra-se toda a discussão em um só local, ainda que virtualmente, de modo a evitar repetições desnecessárias, e sem o risco de inviabilizar o funcionamento do juízo responsável pela condução da execução, já que as tarefas são compartilhadas com o agente delegado.

3.2.5 O possível uso da figura das *claim resolution facilities*

Além da participação dos *masters*, os tribunais estadunidenses têm procurado lidar com os problemas impostos pela litigância de massa a partir das chamadas *claim resolution facilities*, definidas como entidades que processam e resolvem demandas individuais relacionadas à litígios coletivos. Nesse sentido, após definida a responsabilidade do autor do ilícito, mediante julgamento ou, mais comumente, por meio de um acordo, é criada ou instalada uma entidade, de caráter público ou privado, encarregada de processar administrativamente as pretensões individuais e distribuir as indenizações em dinheiro aos sujeitos atingidos pela conduta danosa.⁶⁹¹

As *claim resolution facilities*, no contexto dos danos em massa, funcionam como uma alternativa ao modelo padrão de litigância, no qual o juiz é responsável pela determinação da responsabilidade e dos danos sofridos. Nessa espécie

⁶⁸⁸ É cabível, sempre que oportuna, a exigência de prestação de contas do agente delegado, a exemplo do que ocorre no caso do administrador da falência (art. 22, III, alínea r, da Lei de Recuperação Judicial e Falência).

⁶⁸⁹ Segundo o art. 25 da Lei de Recuperação Judicial e Falência, o devedor ou a massa falida são responsáveis financeiramente pela atuação do administrador judicial e de seus auxiliares.

⁶⁹⁰ Evidentemente, se o custo para instaurar o sistema e proceder à distribuição dos valores for maior do que o próprio valor a ser distribuído, a medida não é economicamente eficiente e, portanto, deve-se buscar outra alternativa para o cumprimento da decisão coletiva.

⁶⁹¹ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 79; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004, p. 1361.

diferenciada, a determinação dos danos individuais e a distribuição dos fundos é função atribuída a um terceiro não integrante do Judiciário, normalmente autorizado pela corte, assim como ocorre na situação do *special master*. No caso das grandes *claim resolution facilities*, contudo, a organização da entidade costuma ser muito mais complexa, extrapolando a figura do simples agente delegado, podendo incluir administradores, mediadores, advogados das partes e até mesmo um número expressivo de funcionários.⁶⁹²

O uso do processo tradicional de responsabilização civil para lidar com casos de massa, os chamados *mass torts*, tem sido fortemente criticado nos Estados Unidos, por ser muito lento, muito caro e ineficiente.⁶⁹³ O processamento de centenas ou milhares de pretensões indenizatórias individuais, mesmo após a utilização de instrumentos de coletivização como a *class action* ou o *multidistrict litigation*, implica custos diretos altíssimos, a ponto de exceder o valor eventualmente pago em indenização aos demandantes. Estes gastos acabam onerando demasiadamente as cortes e o sistema judicial como um todo, que tem seus recursos financeiros e humanos comprometidos, em prejuízo da resolução dos demais casos.⁶⁹⁴ Ademais, assim como ocorre no ordenamento brasileiro, o recebimento das indenizações pelas vítimas ficaria na dependência de um processo judicial caro e demorado, além dos indivíduos enfrentarem dificuldades relacionadas à prova do nexo causal entre a responsabilidade e o dano específico e estarem sujeitos a julgamentos inconsistentes em casos idênticos ou semelhantes.⁶⁹⁵ De outro lado, o réu suporta gastos muito altos com o exercício de sua defesa nos inúmeros processos judiciais, além de não ter qualquer previsibilidade em relação ao valor total indenizável.⁶⁹⁶

O principal objetivo das *claim resolution facilities* é justamente facilitar a distribuição das indenizações às vítimas e tornar esse processo mais eficiente, através

⁶⁹² MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004p. 1365-1369.

⁶⁹³ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 83.

⁶⁹⁴ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 80-82.

⁶⁹⁵ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 81-83.

⁶⁹⁶ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 81.

da redução de seus custos diretos.⁶⁹⁷ Parte considerável dos custos de transação relacionados a essa atividade, suportados em sua maioria pelo próprio sistema judiciário, diz respeito à produção e à análise probatória sobre cada um dos danos individuais e o respectivo nexo de causalidade. As *facilities* costumam reduzir tais gastos canalizando as pretensões apresentadas em algumas poucas categorias de dano, simplificando o processo de análise probatória relativo às situações individuais.⁶⁹⁸

Além disso, destacam-se: i) a capacidade desse instrumento de adaptação às particularidades de praticamente qualquer litígio que envolva a reparação de danos massificados; ii) a celeridade no pagamento das indenizações às vítimas habilitados junto à entidade, em relação ao modelo tradicional judicial, inclusive no que diz respeito às situações emergenciais, a despeito do tempo adicional relacionado à estruturação da *facility*; e, finalmente, iii) a possibilidade de reduzir o fator de incerteza relacionado ao valor total indenizado, através do estabelecimento de um teto para essa quantia, o que é bastante comum no caso estadunidense.⁶⁹⁹

Por outro lado, a simplificação do modelo de litigância gera maior chance de erros de julgamento, que seriam filtrados caso realizada a análise mais aprofundada própria do processo judicial.⁷⁰⁰ O agrupamento das vítimas que aderem à *facility* em algumas poucas categorias de danos faz com que todas percebam indenizações semelhantes, embora as suas situações particulares guardem divergências, que poderiam ser demonstradas em juízo.⁷⁰¹ Disso resulta o recebimento, por algumas vítimas, de indenizações menores do que receberiam no caso de uma demanda judicial e, em outros casos, de indenizações mais elevadas.⁷⁰² Há, nessa situação, um

⁶⁹⁷ HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 180; AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 159-174, 1990, pp. 160.

⁶⁹⁸ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 159-174, 1990, pp. 159-160.

⁶⁹⁹ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004p. 1379; PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990, pp. 124-132; HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 179.

⁷⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 474.

⁷⁰¹ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 159-174, 1990, pp. 159.

⁷⁰² AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 159-174, 1990, pp. 160.

trade-off entre gastos desproporcionais com custos diretos relacionados ao processamento das pretensões individuais e aquiescência com o aumento do risco de erros.⁷⁰³ Para a doutrina, haverá certa tolerância para iniquidades na determinação de danos se houver, em contrapartida, um ganho de eficiência relevante.⁷⁰⁴

De qualquer modo, esse mecanismo de tratamento de pretensões de massa é amplamente aceito nos Estados Unidos e tem sido recentemente explorado por parte da doutrina brasileira. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. definem esse instrumento como “entidades de infraestrutura específica”, “criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas”.⁷⁰⁵ Segundo os autores, a partir da definição de responsabilidade do réu coletivo, através de decisão judicial ou de autocomposição, a entidade fica responsável pelo conhecimento das questões individuais dos interessados, pelo seu enquadramento nos padrões de indenização previamente eleitos e pelo estabelecimento de cronogramas de pagamento, funcionando como verdadeiros tribunais extrajudiciais.⁷⁰⁶ Seria possível dizer que as *facilities* constituem hipótese de repartição da cognição judicial com um ente tecnicamente mais adequado, como defende Fernanda Costa Vogt, sem que haja, contudo, delegação de atos de império à entidade particular.⁷⁰⁷

⁷⁰³ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004, pp. 1370.

⁷⁰⁴ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004p. 1363-1368. Sob outro ângulo, o uso das *facilities* também impõe uma questão de justiça procedimental, na medida em que se reduz a participação dos interessados no litígio, além de se afastar o envolvimento direto das cortes (PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990, p. 113; HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 178)

⁷⁰⁵ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 449.

⁷⁰⁶ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 449-451. Dentre as vantagens desse instrumento, os autores citam a maior previsibilidade sobre o valor total a ser pago pelo réu coletivo, assim como a diminuição dos custos de transação para todos os envolvidos no litígio (pp. 473-474). Obviamente, não se desconhece que, em princípio, para os réus coletivos a inércia – ou mesmo a ineficiência do sistema – poderia acabar sendo favorável, na hipótese de se ter uma liquidação que chegue a um resultado global, direcionado ao fundo, que seria menor do que os custos do efetivo ressarcimento aos lesados. Em um contexto em que o “sistema subsidiário” de destinação ao Fundo funcione adequadamente, é plenamente válida a conclusão dos autos de que mesmo “o *repeat player* terá interesse em constituir uma *claims resolution facility* porque esta permite indenizar um grupo maior de pessoas com menores custos de transação, enquanto o judiciário aumentaria os custos e levaria a uma compensação para uma quantidade menor de indivíduos”.

⁷⁰⁷ Já defendemos a possibilidade de delegação a particulares, inclusive de atos decisórios, desde que mantido o controle pelo Judiciário. A observação da autora, nesse ponto, é bastante importante: “É

Esse tipo de medida também já têm sido implementada pelos atores do processo coletivo brasileiro, em alguns casos práticos, dentre os quais destacam-se a contratação de uma fundação, pelo Grupo Oi, no curso de processo de recuperação judicial, para a realização de mediação com credores, e o caso da Fundação Renova, criada em razão de Termo de Ajustamento de Conduta homologado judicialmente e celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais, suas autarquias e fundações, e a Samarco Mineração S.A., e encarregada de reparar os danos ambientais e socioambientais causados pelo rompimento da barragem Fundão, em Mariana, Minas Gerais.

Na primeira situação, apesar de não se tratar de direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, conforme dispõe o art. 81, III, do CDC, a Plataforma de Recuperação Judicial do Grupo Oi assumiu estrutura muito semelhante à de uma *facility*. A plataforma tem o objetivo de estimular uma composição entre credores e empresas devedoras, para a definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com habilitações e impugnações de crédito. Dentre as categorias de créditos habilitados na recuperação judicial, uma delas, de quirografários, é composta em grande parte por consumidores vítimas de danos morais e materiais. Há, nesse caso, inclusive a possibilidade de o consumidor abrir mão de parte do seu crédito, a fim de receber antecipadamente o valor devido.

Já no caso da Fundação Renova, o chamado “eixo social”, relativo a pessoas e comunidades, tem como principal objetivo reparar economicamente os indivíduos atingidos pelo desastre na barragem. A partir do chamado Cadastro Integrado, são identificados os atingidos e seus prejuízos, que podem justificar os seguintes tipos de indenização: i) auxílio financeiro emergencial⁷⁰⁸; lucros cessantes relativos à renda

verdade que a atividade decisória do juiz se distingue da atividade cognitiva, não podendo aquela ser simplesmente delegada para uma entidade privada. Mas a cognição sobre determinadas questões, ela sim, poderia, mesmo porque o ordenamento jurídico autoriza a delegação de atos instrutórios e executivos, que pressupõem o conhecimento e a interpretação sobre as questões. Não há ato de império na cognição”. (VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 197-198). De fato, estabelecidos parâmetros prévios, na decisão ou no acordo, e garantida a função judicial de tutela posterior, não nos parece haver simplesmente a “delegação de atos de império”, com a renúncia ao poder jurisdicional, mas um rearranjo de competência, com a delegação da atividade cognitiva primária à entidade particular e com a possibilidade imediata de submeter a questão à apreciação judicial.

⁷⁰⁸ Segundo dados do site eletrônico da Fundação, extraídos em 1º de Fevereiro de 2021: “A Fundação Renova paga um auxílio financeiro mensal às pessoas que sofreram impacto direto na sua atividade econômica ou produtiva. O valor corresponde a um salário mínimo, mais 20% para cada um dos dependentes e acrescido de valor equivalente a uma cesta básica (referência do Dieese). 14.671 titulares pagos; 32.721 pessoas atendidas, desse total 18.050 são dependentes; R\$ 1,5 bilhão pagos

que o atingido obtinha como resultado de sua atividade produtiva, interrompida como consequência direta do rompimento da barragem⁷⁰⁹; ii) o “dano água”⁷¹⁰; e iii) os “danos gerais”⁷¹¹, ambos no âmbito do Programa de Indenização Mediada (PIM) da Fundação, totalmente gratuito e de adesão voluntária. Estes dois últimos tipos de danos ainda foram organizados em 12 categorias de agrupamento, dentre elas a de danos à residência, danos a veículos, fatalidades ou desaparecimentos, incapacidade e lesão corporal, etc, todas descritas no documento intitulado “Matriz de Danos”, que também conta com a definição do valor da indenização para cada situação. Também foi disponibilizada uma “Matriz de Documentos Comprobatórios”, que lista os documentos e manifestações exigidos para comprovar os critérios de elegibilidade para cada categoria de dano.⁷¹²

Ao nosso ver, a *claim resolution facility* deve se consolidar como uma das possíveis técnicas para o tratamento adequado e eficiente de pretensões individuais homogêneas no sistema brasileiro, podendo decorrer da celebração de um acordo ou de uma sentença condenatória que reconheça a responsabilidade por danos em

em Auxílio Financeiro Emergencial”. <https://www.fundacaorenova.org/dadosdareparacao/pessoas-e-comunidades/>

⁷⁰⁹ Segundo dados do site eletrônico da Fundação, extraídos em 1º de Fevereiro de 2021: “Os Lucros Cessantes correspondem à renda que o atingido obtinha como resultado de sua atividade produtiva que foi interrompida como consequência direta do rompimento da barragem de Fundão. Os pagamentos são destinados aos atingidos que assinaram o acordo no Programa de Indenização Mediada (PIM), receberam indenização por Lucros Cessantes em anos anteriores e permanecem impactados em suas atividades econômicas, ainda que parcialmente. O pagamento do Lucro Cessante de 2019, realizado em 2020, terminou em agosto e somou R\$ 107 milhões para cerca de 5 mil atingidos.”

⁷¹⁰ Estes danos são pagos às pessoas que ficaram sem abastecimento e sem distribuição de água por mais de 24 horas após o rompimento da barragem.

⁷¹¹ Os danos gerais correspondem às hipóteses previstas na Cláusula 01 do TAC: “IMPACTADOS: as pessoas físicas ou jurídicas, e respectivas comunidades, que tenham sido diretamente afetadas pelo EVENTO nos termos das alíneas abaixo e deste ACORDO: a) perda de cônjuge, companheiro, familiares até o segundo grau, por óbito ou por desaparecimento; b) perda, por óbito ou por desaparecimento, de familiares com graus de parentesco diversos ou de pessoas com as quais coabitavam e/ou mantinham relação de dependência econômica; c) perda comprovada pelo proprietário de bens móveis ou imóveis ou perda da posse de bem imóvel; d) perda da capacidade produtiva ou da viabilidade de uso de bem imóvel ou de parcela dele; e) perda comprovada de áreas de exercício da atividade pesqueira e dos recursos pesqueiros e extrativos, inviabilizando a atividade extrativa ou produtiva; f) perda de fontes de renda, de trabalho ou de autossustentância das quais dependam economicamente, em virtude da ruptura do vínculo com áreas atingidas; g) prejuízos comprovados às atividades produtivas locais, com inviabilização de estabelecimento ou das atividades econômicas; h) inviabilização do acesso ou de atividade de manejo dos recursos naturais e pesqueiros, incluindo as terras de domínio público e uso coletivo, afetando a renda e a subsistência e o modo de vida de populações; i) danos à saúde física ou mental; e j) destruição ou interferência em modos de vida comunitários ou nas condições de reprodução dos processos socioculturais e cosmológicos de populações ribeirinhas, estuarinas, tradicionais e povos indígenas”.

⁷¹² CARVALHO, André Pereira de et al. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. FGV, 2019, p. 24-30.

massa, na forma do art. 95, do CDC.

Vale frisar que, geralmente, as *facilities* costumam ter base consensual, surgindo do compromisso de interesses concorrentes dos sujeitos do processo, seguido de homologação judicial⁷¹³. Apesar disso, não nos parece haver nenhum impedimento para que a delegação de funções a uma entidade específica decorra diretamente de uma decisão do Poder Judiciário. Além da medida contribuir para o alcance da tutela efetiva e eficiente, a iniciativa judicial encontra fundamento normativo nos poderes de gestão do procedimento (art. 139, VI, CPC) e também nas medidas coercitivas e mandamentais para assegurar o cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV, CPC)⁷¹⁴, afinal, na maioria das vezes, não será interessante para o réu coletivo promover voluntariamente a compensação das vítimas, considerando a reconhecida inefetividade do sistema atual de tutela de direitos individuais homogêneos. O consentimento por parte dos beneficiários também nos parece ser um fato importante para a legitimação desse instrumento⁷¹⁵, o que pode ser obtido por meio da atuação dos legitimados do art. 83, CDC, no exercício da mencionada função de conduzir e organizar os meios de execução em favor dos particulares.

O acordo ou a decisão de estruturação da *facility*, devem estabelecer os tipos de danos que serão objeto de compensação, sendo possível, desde logo, a sua divisão em categorias.⁷¹⁶ A título de exemplo, define-se que a entidade ficará encarregada de indenizar danos morais, relativos por exemplo, à perda de um familiar ou ao desenvolvimento de alguma incapacidade, e danos materiais, referente à lucros cessantes ou a perdas de bens, como residências, móveis ou veículos. Recomenda-se, também a definição de parâmetros sobre a prova das situações individuais, sendo possível a indicação de elementos de prova suficientes para a demonstração da situação de causalidade e de elegibilidade da vítima, tornando mais objetiva a análise por parte dos administradores da *facility*. Em alguns casos, vislumbra-se a possibilidade de redução do módulo da prova ou até mesmo a definição de

⁷¹³ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004p. 1384; HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 175.

⁷¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 457.

⁷¹⁵ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004p. 1377.

⁷¹⁶ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 95.

presunções sobre a causalidade, sobretudo quando as partes forem hipossuficientes ou demonstrada a excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, como ocorreu no caso do Agente Laranja, nos Estados Unidos, em que se exigiu prova apenas da “existência de doença incapacitante ou morte de origem não traumática e probabilidade de exposição à substância”.⁷¹⁷ O desenvolvimento do esquema de compensação também envolve a árdua tarefa de definir valores correspondentes a cada tipo de dano, recomendando-se, também neste ponto, a participação dialogal, envolvendo o Juízo e demais interessados no litígio coletivo.⁷¹⁸

É importante destacar que a entidade, a partir do esquema de determinação de danos, pode assumir um caráter mais administrativo e burocrático, ou se aproximar mais do modelo judicial.⁷¹⁹ A doutrina estadunidense esclarece que no modelo adjudicativo de *facility* as regras de elegibilidade costumam ser mais subjetivas e a determinação da indenização costuma ocorrer caso a caso, exigindo um procedimento de caráter adversarial⁷²⁰; de outro lado, o modelo burocrático se utiliza de regras mais objetivas, com a divisão em categorias de danos e com indenizações tabeladas, resultando em um processo mais simples.⁷²¹ Este último modelo garante maior previsibilidade para o réu coletivo, na medida em que pode antecipar mais facilmente o valor total indenizável a partir dos valores tabelados, assim como para as próprias vítimas, já que os critérios estabelecidos com antecedência são aplicados de forma precisa, sem grande discricionariedade por parte dos administradores da entidade. Muito embora se presuma que o modelo adjudicativo satisfaça melhor a noção de justiça, a partir da confiança de que os danos serão recuperados em sua exata

⁷¹⁷ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 95. Evidentemente, os procedimentos devem facilitar o recebimento das indenizações, em termos de exigências probatórias, a fim de que a reparação pela *facility* seja atraente para a vítima. De outro lado, se a postulação for simplificada demais, não se exigindo um mínimo de prova para os demandantes, os chamados *free riders*, autores que não são de fato vítimas e que postulam para aproveitar-se dessa facilidade, acabam sendo incentivados a propor suas demandas frívolas, recebendo indenizações de forma ilegítima. (CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 464-465).

⁷¹⁸ Outras questões a serem definidas pelas partes envolvem eventual prazo de funcionamento da entidade; cronogramas de pagamento, a fim de que o impacto financeiro sobre o réu não seja drástico; e, até mesmo, apesar de mais complicada, a possibilidade de se acordar um teto para o valor indenizatório total a ser pago.

⁷¹⁹ PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990, p. 114.

⁷²⁰ HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 182-183.

⁷²¹ HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, p. 182.

extensão⁷²², o escrutínio individualizado de cada uma das centenas de pretensões, ainda que através de uma *claim resolution facility*, impede a reparação rápida e eficiente que motivou a sua instauração.⁷²³

O ideal é que, sem sacrificar totalmente as garantias procedimentais e sem comprometer a razoabilidade dos resultados, adote-se um sistema de compensação simplificado e com a máxima redução dos custos operacionais possível, obtendo-se, assim, um procedimento efetivo e, ao mesmo tempo, eficiente⁷²⁴ – como visto anteriormente, processo eficiente é aquele que atinge decisões suficientemente justas e precisas, com menor custo direto possível.

Estruturada a *facility*⁷²⁵, recomenda-se a supervisão constante do mecanismo pelo Poder Judiciário, que deve atuar de modo a diminuir o impacto da desigualdade existente entre os polos do conflito e de salvaguardar os valores públicos relacionados à função judicial, sobretudo quando a questão se insere em um caso de litígio estrutural.⁷²⁶ Apesar da representação judicial não ser requisito indispensável para demandar perante a *facility*, a presença de advogados nos parece essencial para o

⁷²² Segundo o Mark A. Peterson, professor na University of California Los Angeles (UCLA), os pagamentos realizados pelos procedimentos menos litigiosos, normalmente mais uniformes e voltados apenas ligeiramente para a gravidade do dano, acabam divergindo dos pagamentos que seriam realizados pelo sistema tradicional judicial: demandantes levemente atingidos recebem muito mais em relação à gravidade de seus danos do que os reclamantes gravemente atingidos. Por outro lado, os pagamentos nos procedimentos mais litigiosos são altamente variáveis, pois afetados por outros fatores que não somente a gravidade das lesões. Dependendo das questões de responsabilidade e causalidade, um reclamante gravemente atingido pode receber menos do que um reclamante com danos leves. (PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990, p. 124-125).

⁷²³ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 93; PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990, p. 124-129.

⁷²⁴ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990, p. 93.

⁷²⁵ No que diz respeito à estrutura da facility, vale transcrever a lição de Cabral e Zaneti: “Quanto às hipóteses de constituição de uma infraestrutura para essa específica finalidade, se a entidade for privada, mas criada por determinação judicial, terá que assumir o formato de uma fundação, porque inexistente ato voluntário por parte do litigante habitual (art. 5º, XX, da Constituição). Caso a entidade seja criada a partir de atos conjuntos ou convenções processuais, pode ser estruturada como sociedade, associação ou fundação (art. 44, I, II ou III do CC). A Resolução CNMP 179/2018 estabelece que a destinação dos recursos provenientes de indenizações pecuniárias obtidas em termos de ajustamento de conduta ou ações coletivas, referentes aos danos a direitos difusos e coletivos, pode ser revertida em favor de *projetos de prevenção e reparação de danos, apoio à entidades, depósito em contas judiciais ou destinação específica*, desde que as atividades atendam aos mesmos direitos e interesses objeto do conflito e preferencialmente na mesma região atingida.” (CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 459).

⁷²⁶ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004, p. 126-139.

caso de impugnações perante o órgão judicial, além de ser muito comum, nos Estados Unidos, a sua presença na própria estrutura da entidade.⁷²⁷ Também se mostra fundamental a participação constante do Ministério Público, diante do relevante interesse social envolvido, e da própria Defensoria, em relação aos danos referentes às pessoas economicamente hipossuficientes.⁷²⁸ Recomenda-se, também, o diálogo com a comunidade atingida e a ampla participação social, sobretudo através da *internet*, como vem ocorrendo no caso da Fundação Renova.⁷²⁹

Destaca-se, finalmente, que o particular não fica obrigado a demandar perante a *facility*, podendo apresentar sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, através da ação de liquidação de sentença, desde que observado o prazo prescricional.⁷³⁰ Nada obstante, as vítimas naturalmente devem preferir um procedimento mais simplificado e mais célere, ainda que isso envolva renúncia de parte das garantias atinentes ao processo judicial e, inclusive, por vezes, de parte do valor indenizatório – o que não nos parece ser um obstáculo, tomando em conta o caráter geralmente disponível do direito individual. Uma vez obtida a reparação perante a *facility*, a vítima abre mão da compensação por meio do processo judicial, o que pode ocorrer através da celebração de promessa de não processar (*pacto de non petendo*) ou mesmo da renúncia voluntária no plano do direito material.⁷³¹

Vale destacar, por fim, que o PL 4441/2020, atualmente em trâmite, prevê, em

⁷²⁷ Segundo Deborah Hensler, tem-se que “(...) all current claims resolution facilities include attorneys as staff members and/or representatives of claimants. Although some facilities developed procedures to minimize the need for attorney representation, others assumed the attorneys' involvement would continue at the same levels as observed during the litigation process.” (HENSLE, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 185).

⁷²⁸ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 477.

⁷²⁹ Segundo dados do website da Fundação, extraídos em 1º de Fevereiro de 2021, mais de 115 mil pessoas participaram de reuniões com a Fundação Renova; mais de 4 mil reuniões de diálogo coletivo realizadas – cerca de 90 profissionais dedicados; cerca de 460 chamadas do 0800 recebidas por dia; 17 centros de atendimento presencial na região impactada; mais de 160 profissionais envolvidos nos canais permanentes de interação com a sociedade; 10.087 manifestações registradas na Ouvidoria – 95,21% concluídas. (<https://www.fundacaorenova.org/dadosdareparacao/pessoas-e-comunidades/#dialogo>)

⁷³⁰ CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 472-473.

⁷³¹ HENSLE, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990, pp. 187; CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019, pp. 456.

seu art. 46, que se a complexidade da tutela do direito recomendar, poderá ser criada infraestrutura ou entidade de direito privado, a partir de dotação patrimonial afetada pelo réu, com o propósito específico de conduzir as atividades necessárias à implementação das medidas de reparação. Caso aprovado o Projeto, a figura das *facilites* ganhará previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, o que facilitará a sua implementação. Não obstante, o recurso a esse instrumento prescinde de previsão legal específica, decorrente dos princípios constitucionais da efetividade da tutela, da eficiência e da interpretação adequada do microssistema de tutela coletiva.

3.2.6 A dispensa da fase liquidatória

Uma das propostas apresentadas para a execução efetiva e eficiente de direitos individuais homogêneos é a prolação de uma sentença líquida, em oposição à sentença genérica do art. 95, CDC, ou uma decisão que ao menos preveja parâmetros para o momento de liquidação da condenação, os quais podem versar, inclusive, sobre categorias de danos, valores indenizatórios e suficiência probatória.

No caso da previsão de parâmetros, como já se buscou demonstrar, a fase de liquidação será altamente simplificada, justamente em razão desses critérios previamente estabelecidos. Também já sustentamos a possibilidade de conjugação das técnicas processuais, criando, no caso concreto, a forma procedimental mais adequada à tutela efetiva dos direitos em jogo.

Isto considerado, propõe-se, aqui, a conjugação desse tipo de sentença, que preveja parâmetros relativos à liquidação, com uma técnica que dispense a fase liquidatória prévia à execução individual. A ideia é que os critérios estabelecidos pela sentença, como as categorias de dano, as respectivas indenizações e a prova suficiente para o enquadramento da vítima às situações abstratas, permitam uma simplificação drástica da atividade de liquidação, a ponto de dispensar a sua existência como fase autônoma do processo, substituindo-a pela simples apresentação do título executivo e dos documentos que o complementam.

A hipótese foi objeto de previsão similar no art. 32, caput e § 2º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, segundo o qual “a liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores” e “a liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da

indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo”⁷³². Trata-se de caso de dispensa de liquidação, mesmo a sentença não tendo sido proferida de forma inteiramente líquida.

Apesar de a proposta legislativa nunca ter se concretizado, entendemos não existir vedação para essa possibilidade em nosso ordenamento processual atual. Sem esquecer que a doutrina tradicional considera líquida a sentença somente quando o seu objeto for “aferível por meio da realização de simples cálculos”⁷³³, não nos parece haver, na situação considerada, uma sentença propriamente *ilíquida*, que atraia necessariamente a incidência do art. 509, CPC.

Isso porque, quando estabelecidas categorias e valores de danos, além de critérios claros e objetivos de suficiência de prova, a exata definição dos elementos que compõem a obrigação individual passa a ser bastante simples: basta que o indivíduo, no momento de execução do título coletivo, apresente documentos que demonstrem seu enquadramento na situação genericamente reconhecida na sentença, assim como em alguma das categorias previamente definidas. Não haverá, nesses casos, a necessidade de realização de perícia ou de demonstração de fatos novos para que a sentença possa ser executada.

Nessas situações, poderia ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 509, § 2º, CPC. Referido dispositivo dispensa a fase de liquidação quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, tendo início, desde logo, a fase de cumprimento da sentença. Aliás, sempre que a sentença coletiva contenha todos os elementos necessários ao cálculo do dano e seja possível demonstrar, por documentos, a legitimidade para a execução do título, mediante prova da titularidade da obrigação, a fase de liquidação poderá vir a ser dispensada.

O art. 524, § 1º, do CPC, que garante a possibilidade de o juiz determinar penhora em valor reduzido quando entender que o valor apontado pelo exequente aparentemente excede os limites da condenação, permitiria um juízo sumário sobre a existência e titularidade do dano individual, bem como sobre sua extensão,

⁷³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

⁷³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 189.

considerados os parâmetros estabelecidos na sentença coletiva. Nada impediria, ainda, que o executado, considerando incorreto o enquadramento do exequente ou do juiz, endereçasse a questão em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 525, incisos II e V, do CPC, que tratam respectivamente da ilegitimidade da parte e do excesso de execução.

Sem esquecer da lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão, segundo a qual o desejo de atribuir maior efetividade à execução não pode ser causa de menosprezo das garantias que a Constituição outorga,⁷³⁴ entendemos que a possibilidade ora defendida encontra fundamento, além de na efetividade, na eficiência do processo, no princípio da economia processual e na própria ideia de instrumentalidade das formas, já que o escopo jurídico é atendido sem que haja prejuízo a qualquer das partes.

Destaca-se que, no caso da sentença com parâmetros, o réu participa em contraditório, na fase de conhecimento, da definição das categorias de danos e das respectivas indenizações, não havendo, na dispensa de liquidação, ao menos em princípio, em hipótese de cerceamento de defesa.

3.2.7 A utilização de atos concertados como instrumento de gestão das execuções individuais: a coletivização na fase de execução

Outro instrumento útil para outorgar efetividade e maior eficiência à execução de direitos individuais homogêneos é a utilização dos atos concertados como meio de gestão das execuções individuais.

Como já se demonstrou, a doutrina brasileira reconhece na execução um dos ambientes mais favoráveis para a aplicação das técnicas de cooperação nacional previstas no art. 69, CPC.⁷³⁵ A possibilidade encontra fundamento principalmente no disposto no art. 69, § 2º, inciso VII, do CPC, que autoriza o uso dos chamados atos concertados para a execução de decisões jurisdicionais. Sem olvidar da atipicidade que rege a cooperação nacional e a concertação, são citadas, por exemplo, a possibilidade de deslocamento da competência territorial para o local onde se encontram os bens do executado, facilitando os atos de expropriação, além da reunião

⁷³⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Notas sobre liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.72, p. 16-24, out-dez. 1993.

⁷³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 96; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. pp. 26.

de execuções contra um mesmo devedor, para a realização conjunta de atos e para a análise centralizada de eventuais impugnações, evitando a repetição desnecessária de atos.⁷³⁶

O dispositivo, sobretudo quando interpretado em conjunto com o inciso VI do mesmo parágrafo, que diz respeito à centralização de processos repetitivos, permite ainda a formulação de uma técnica de coletivização de atos executivos no contexto dos litígios de massa, que se caracterizam, via de regra, pela existência de uma pluralidade de ofendidos/credores, demandando em face de um mesmo devedor. A propósito, para Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, a regra do art. 69, § 2º, inciso VII pretende justamente “autorizar a centralização dos procedimentos executivos com relação a situações em que a execução pulverizada não é recomendável”.⁷³⁷

Vale pontuar que para os autores em questão, a previsão permite que, iniciadas diversas ações indenizatórias individuais contra um réu de patrimônio limitado, sejam todas as demandas reunidas na fase de execução, a fim de que se possa distribuir equitativamente entre os credores os fundos executados, sem que nenhum demandante saia prejudicado, por exemplo, pela regra de anterioridade da penhora, prevista no art. 797, CPC.⁷³⁸ Essa hipótese, continuam o raciocínio, guarda semelhança com a chamada *limited fund class action*, do direito estadunidense, prevista pela Regra 23, (b), (1), (B), segundo a qual caberá a *class action* se o processamento de ações individuais por membros de uma mesma classe impuser risco aos interesses dos demais membros não-partes ou impedir a sua capacidade de proteger seus interesses.⁷³⁹

⁷³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 97; MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

⁷³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**. v. 310, p. 173-201, Dez/2020. pp. 26.

⁷³⁸ Segundo os autores, “supondo a procedência de várias demandas individuais de cunho indenizatório de alto valor, ter-se-ia situação em que, iniciadas as execuções individuais, ocorreria a satisfação apenas dos primeiros credores. Depois disso, com o esgotamento do patrimônio do réu, todos os outros credores – embora reconhecidos como tal por decisões judiciais transitadas em julgado – ou teriam de se sujeitar a um regime concorrencial, como a falência, ou simplesmente veriam seus direitos “insatisfeitos”. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**. v. 310, p. 173-201, Dez/2020, pp. 26-27.

⁷³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**. v. 310, p. 173-201, Dez/2020. pp. 26. Do texto original: “A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other

Para além da situação retratada pelos autores, porém, entendemos que há diversos outros casos em que a atividade executiva, no contexto dos litígios de massa, se desenvolveria de forma mais adequada e mais eficiente caso abordada de maneira coletiva, por meio da ferramenta prevista no art. 69, § 2º, incisos VI e VII. Para nos mantermos no âmbito dos direitos individuais homogêneos, objeto deste trabalho, destaca-se o caso da execução individual da sentença coletiva genérica.

Como já adiantado até aqui, além de dificultar a distribuição equitativa do montante executado, o tratamento individualizado das pretensões executivas faz ressurgir diversos dos problemas relacionados à efetividade e à eficiência da tutela jurisdicional que o processo coletivo buscava combater, tais como o desequilíbrio entre as partes da relação processual, o risco de decisões contraditórias e o congestionamento do Poder Judiciário. Destaca-se, ainda, que há grandes chances de repetição de atos e de questões a serem decididas nessa fase, já que a atividade executiva se concentra quase que exclusivamente na desapropriação de bens do patrimônio do devedor comum. Com efeito, a realização de diversos atos de bloqueio e de penhora sobre os ativos financeiros do executado, a cargo do magistrado (art. 854, *caput*, CPC)⁷⁴⁰; a multiplicidade de penhoras sobre um mesmo bem e a eventual instauração do chamado concurso singular, que satisfaz apenas parte dos credores e torna inaproveitável diversos atos de constrição (908 e 909, CPC)⁷⁴¹; a apresentação, pelo mesmo devedor, e a análise, em cada um dos processos individuais, de diversas impugnações ao cumprimento de sentença (art. 525, CPC) e de impugnações em face

members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;"

⁷⁴⁰ "Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução."

⁷⁴¹ "Art. 908. Havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências. (...) § 2º Não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora. (...) Art. 909. Os exequentes formularão as suas pretensões, que versarão unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora, e, apresentadas as razões, o juiz decidirá. (...)". Sobre o tema, pertinente o comentário da doutrina: "No concurso singular, vários credores buscam a satisfação de seus créditos perseguindo um bem específico do patrimônio do devedor. (...) No concurso singular de credores, cada qual formulará o seu pedido, fundamentando-o e requerendo a produção de provas. Sendo o caso, designará o juiz audiência para colhê-las. O debate entre os credores é restrito unicamente ao direito de preferência e à anterioridade da penhora. A cognição é parcial, limitada à preferência e à anterioridade da penhora. (...) Findo o debate, o juiz decidirá. Essa decisão constitui decisão interlocutória e desafia agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, CPC)." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.013-1.014)

de atos de bloqueio ou constrição (e.g. art. 525, § 11º, CPC, relativo à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos em geral, e a mini impugnação do art. 854, § 3º, CPC, relativo à penhora eletrônica de ativos financeiros). Em suma: a repetição dos atos, em todas essas hipóteses, torna o processo de execução, no contexto da litigância de massa, extremamente ineficiente, implicando grande desperdício de tempo e demandando custos globais incomensuráveis.

Nesse cenário, os atos concertados previstos no art. 69, § 2º, incisos VI e VII, CPC, poderiam servir como instrumentos de coletivização parcial do processo, de modo que algumas questões, que normalmente seriam enfrentadas de forma individual, na fase de execução da sentença coletiva genérica, passem a receber um tratamento conjunto. O ato concertado, nesses casos, assumiria a forma de um negócio jurídico de cooperação permanente, celebrado entre juízos que estejam sujeitos ao processamento de execuções provenientes de um conflito de direitos individuais homogêneos, e destinado a estabelecer um mecanismo voltado à satisfação coletiva dos créditos individuais. Esse procedimento negociado envolveria, naturalmente, a centralização temporária das demandas executivas individuais contra um mesmo devedor, para a realização de atos de penhora e de expropriação unificados, com a possibilidade de distribuição proporcional do produto da expropriação, fundada no princípio da paridade de condição dos credores, e de análise conjunta de eventuais impugnações apresentadas pelo devedor comum. Ao nosso ver, a centralização das execuções individuais massificadas tem o condão de afastar – ou pelo menos relativizar – a maioria dos problemas relacionados à repetição de atos pelo Poder Judiciário e à ineficiência do tratamento de litígios individuais homogêneos.⁷⁴²

A prática de atos executivos de forma conjunta configuraria, nesse contexto, uma hipótese de coletivização *ad actum*, ou seja, de coletivização para determinado(s) ato(s). Observe-se que, de um modo geral, o elemento coletivo no processo civil brasileiro é pensado *ad processum*, o que se verifica a partir da previsão no ordenamento jurídico de diversas “ações” ou demandas coletivas, considerando o direito material em jogo ou, no caso dos direitos individuais homogêneos, a escolha

⁷⁴² Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma que, na hipótese da centralização dos processos, “os ganhos em eficiência, igualdade e segurança jurídica são evidentes” e que “nada justifica que a mesma questão seja enfrentada inúmeras vezes, muito provavelmente com resultados distintos” (DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 103)

legislativa pela técnica procedimental coletiva.⁷⁴³

Essa circunstância, por sua vez, favorece uma forma maniqueísta de encarar o processo, como um fenômeno que é ou não é coletivo. Mas nem sempre é assim. É cada vez mais comum a previsão de ferramentas de coletivização parcial do processo civil individual, geralmente destinadas a combater os inconvenientes da pulverização, principalmente a lentidão e a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais. Cite-se, como exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto no art. 976, CPC, para o tratamento de questões jurídicas homogêneas.⁷⁴⁴ Segundo a doutrina, trata-se de claro mecanismo de processo coletivo, na medida em que há a “transposição coletiva” de uma mesma decisão jurisdicional para diversos casos repetitivos.⁷⁴⁵ No mesmo sentido, o julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos também representaria uma hipótese de coletivização parcial, já que uma única decisão sobre o aspecto repetitivo, tomada no processo representativo da controvérsia, seria aplicada a todos os demais recursos retidos.⁷⁴⁶ Enfim, como se

⁷⁴³ Destaca-se, aqui, a visão processual dos direitos individuais homogêneos, como modalidade procedimental voltada a viabilizar a coletivização de interesses. Sobre o tema, ver: OSNA, Gustavo. **Direitos Individuais Homogêneos: Pressupostos, Fundamentos e Aplicação no Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 72-81.

⁷⁴⁴ O cabimento do incidente depende de situação de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. O termo “questões jurídicas homogêneas” é utilizado por Sofia Temer: “as “demandas” repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contêm questões jurídicas homogêneas. Não há exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. (...) Apesar de as “demandas repetitivas” compreenderem situações que, em tese, poderiam ser classificadas como “direitos individuais homogêneos” (nas hipóteses de demandas relativas a pretensões isomórficas decorrentes de origem comum, em que as relações substanciais sejam análogas e sejam repetidas as causas de pedir e pedidos), também compreendem situações que não poderiam ser enquadradas como tal (hipóteses em que há apenas um ponto marginal em comum entre as demandas). As demandas repetitivas, no contexto no CPC 2015, abrangem situações mais amplas do que os direitos individuais homogêneos, o que é um motivo para evitar o emprego deste termo como se fossem sinônimos.” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62-63)

⁷⁴⁵ Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 361. Segundo Marcos de Araújo Cavalcanti, “o IRDR tem natureza jurídica de incidente processual coletivo” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** (IRDR). São Paulo: RT, 2016, p. 504). Em sentido contrário, para Sofia Temer, o IRDR não é técnica de processo coletivo, “embora seja inegável que há uma dimensão coletiva no incidente, que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos (o que fundamenta o uso do instituto) e que se observa na abrangência do âmbito de aplicação da tese fixada” (TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93-95).

⁷⁴⁶ Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam que “O procedimento para a fixação da tese jurídica (arts. 543-B e 543-C do CPC), no julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, possui como objeto litigioso uma situação jurídica coletiva (situações jurídicas individuais homogêneas). É, assim, espécie de processo coletivo. Por isso, a ele devem ser aplicadas, subsidiariamente, as regras do processo coletivo.” (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 273-280, mar. 2014, pp. 280). Luiz Guilherme Marinoni faz uma relação entre o IRDR e a sistemática

percebe, a coletivização no processo civil pode ser total ou parcial⁷⁴⁷ e, nesse sentir, a ideia de uma coletivização *ad actum*, no caso de execuções individuais provenientes de sentença condenatória genérica, nos parece perfeitamente admissível, além de constituir uma forma de tratamento mais dinâmica das situações coletivas que possam surgir ao longo do processo.

Além dos critérios que orientam genericamente a colaboração judiciária nacional e a realização de atos concertados, destacando-se a busca pelo funcionamento eficiente das cortes e a melhor gestão de processos, a iniciativa para a coletivização de atos executivos por meio da concertação, no contexto dos litígios de massa, pressupõe, naturalmente, a existência de questões comuns de fato ou de direito, que guardem certa homogeneidade e que justifiquem o seu tratamento coletivizado. Há, na realidade, uma exigência de fundamentação judicial, no sentido de que o ato que promova a coletivização parcial seja válida e expressamente motivado.

Alguns dos parâmetros utilizados para identificar direitos individuais homogêneos e autorizar a sua proteção pela via coletiva, ou seja, alguns dos critérios utilizados para a verificação do elemento coletivo *ad processum*, também podem ser considerados para a verificação de situações que poderiam se beneficiar da coletivização parcial. Diante da frustrada expressão legal “decorrentes de origem comum”, inserida no art. 81, parágrafo único, inciso III, CDC, a chamada corrente processual dos direitos individuais homogêneos tem apresentado diversos parâmetros úteis para a identificação de situações de cabimento da técnica processual de aglutinação de direitos subjetivos individuais, a ação coletiva. Tais preceitos, guardadas as devidas proporções, poderiam ser utilizados também para a análise de conveniência e para a justificação da coletivização parcial na fase executiva.

de recursos repetitivos, afirmando que essa constitui reprise do incidente de resolução de demandas repetitivas nas Cortes Supremas, afirmando, ainda, que a intenção do legislador foi clara em outorgar ao recurso repetitivo a função de resolução da questão que afeta processos pendentes. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 114).

⁷⁴⁷ A propósito, a lição de Sérgio Arenhart e de Gustavo Osna, para quem a “coletivização constitui ferramenta procedimental de destacada valia para lidar com interesses total ou parcialmente justapostos, em maior ou menor escala. Neste prisma, falar em coletivização é referir a um instrumento sujeito à modulação dimensional, podendo ensejar tanto o julgamento conjunto de todo o interesse individual quando a apreciação de alguma questão comum essencial para o deslinde de possíveis pretensões individuais. Ato contínuo, a coletivização de um interesse pode ser total (*tout court*) ou parcial suprimindo seu conhecimento atomizado por completo ou, no menor dos cenários, instituindo uma decisão estável sobre parcela de seus aspectos.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 370).

A primeira construção, normalmente associada à doutrina de Ada Pellegrini Grinover, exige a preponderância das questões coletivas sobre as questões individuais para a caracterização da homogeneidade dos direitos, além da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão.⁷⁴⁸ Os critérios têm nítida inspiração na Rule 23, (b), (3), do direito estadunidense, que exige, para a instauração da *class action for damages*, a prevalência das questões de fato ou de direito comuns sobre questões individuais, bem como a superioridade da tutela coletiva como técnica de resolução dessas questões.⁷⁴⁹ Outro parâmetro, que também pode ser útil para a análise de adequação da coletivização parcial na execução, é o da homogeneidade da tutela. Os direitos individuais homogêneos, a partir desse critério, estariam presentes quando identificadas situações individuais que merecessem tutela homogênea, isto é, um tratamento judicial uniforme, vale dizer, único.⁷⁵⁰ Para Elton Venturi, a essência dos direitos individuais homogêneos estaria justamente na indivisibilidade da tutela jurisdicional pretendida, razão pela qual esta poderia ser buscada de forma coletiva.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019. Segundo a autora, “a prevalência das questões de fato e de direito individuais sobre as coletivas faz com que os interesses sejam heterogêneos, sendo em consequência inadmissível a ação coletiva (...)”. Ainda, afirma que “se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção”. Para Sérgio Arenhart e Gustavo Osna, “trata-se de um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva. Se houver várias questões coletivas envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento “geral”, que aprecie as questões comuns em uma só decisão.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85-86).

⁷⁴⁹ O dispositivo estabelece que “the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy”.

⁷⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 91.

⁷⁵¹ Segundo Elton Venturi, “a verdadeira ligação entre tais categorias é de índole estritamente instrumental, e não substancial. Com efeito, os direitos individuais homogêneos são considerados indivisíveis apenas no que diz respeito à tutela jurisdicional coletivamente buscada. Perante o procedimento judicial da ação coletiva para tutelá-los (arts. 91 e ss. do CDC), e para fins da obtenção da chamada sentença condenatória genérica, prevista no art. 95 do CDC, há, por ficção legal, um acidente de coletivismo que torna a pretensão da obtenção da fixação da responsabilidade civil do infrator processualmente indivisível. A divisibilidade dos direitos individuais homogêneos será observada, com clareza, por ocasião das liquidações e execuções que se seguirão à condenação genérica, eis que, então, cada um dos titulares do direito subjetivo individual lesado deverá demonstrar o prejuízo pessoal e o nexo causal, no intuito de buscar reparações individualizadas”. (VENTURI, Elton. **O problema conceitual da tutela coletiva:** a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei nº 5.130/2009. Disponível em: < https://www.academia.edu/43997970/O_Problema_Conceitual_da_Tutela_Coletiva>. Acesso em 11 de fevereiro de 2021)

Como apontam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, em ambas as construções haveria uma “preocupação subjacente de racionalizar a atividade jurisdicional do Estado”.⁷⁵² As teorias processuais, de um modo geral, têm como cerne “poupar a estrutura jurisdicional, pela apreciação, quando útil, das questões comuns a vários feitos individuais em um único processo”.⁷⁵³ A partir disso, os autores, sempre com apoio na lógica da proporcionalidade panprocessual, apresentam o seu critério, centrado principalmente na “utilidade da proteção coletiva para o Estado”, e defendem a necessidade de valorar, em concreto, as vantagens práticas e econômicas da técnica coletiva em relação ao tratamento individualizado das pretensões.⁷⁵⁴ Considerando que, para essa doutrina, a economia processual é um dos principais fundamentos da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, assim como também o é do litisconsórcio facultativo previsto pelo Código de Processo Civil, a “origem comum” a que se refere o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, inc. III) deveria ser entendida na mesma dimensão do requisito de menor exigência do litisconsórcio, o da “afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito” (art. 113, inc. III, CPC/2015), bastando essa identidade de questões para legitimar o agrupamento de causas para decisão conjunta.⁷⁵⁵ Em outra oportunidade, no contexto da coisa julgada em benefício de terceiros, estabelecemos relação semelhante entre as espécies de litisconsórcio previstas no Código de Processo Civil e a categoria de direitos individuais homogêneos, trazida pelo CDC.⁷⁵⁶

⁷⁵² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 95.

⁷⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 95.

⁷⁵⁴ Os autores apontam a utilidade da proteção coletiva para o Estado, no sentido de distribuir de forma mais racional os recursos jurisdicionais entre os casos submetidos ao Judiciário, como um objetivo do instituto dos direitos individuais homogêneos. Os critérios, propriamente ditos, seriam a inviabilidade da formação do litisconsórcio, a afinidade de questões e, agora sim, a utilidade da tutela coletiva para as partes e para o Judiciário. (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94-101)

⁷⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101-103.

⁷⁵⁶ Na oportunidade, analisamos a possibilidade de aplicação da coisa julgada em benefício de terceiros no caso dos direitos individuais que guardassem conexão pela causa de pedir ou afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, dois casos de litisconsórcio facultativo no direito brasileiro (art. 113, incisos II e III, CPC). Identificamos, em ambos os casos, hipóteses que poderiam ser enquadradas como direitos individuais homogêneos, para fins de tratamento coletivo, de forma semelhante a que fez Kazuo Watanabe, quando identificou dois tipos de origem comum, uma próxima e outra remota. Vejamos: “Situação em que a coisa julgada sobre questão em benefício de terceiro se mostra relevante é aquela ilustrada pelos atos dos quais decorrem múltiplos danos. Esse cenário usualmente envolve um único evento danoso do qual resultam prejuízos a um número determinado de indivíduos, simultaneamente e no mesmo local. É o caso, por exemplo, dos acidentes aéreos ou ferroviários, do incêndio em estabelecimentos comerciais, da contaminação de recursos ou alimentos e do

Em suma, a partir desses parâmetros, pode-se afirmar que a coletivização de questões individuais, de um modo geral, pressupõe: i) afinidade entre as questões discutidas, por pontos comuns de fato ou de direito; ii) a necessidade de tratamento homogêneo e isonômico das situações consideradas; e, finalmente, iii) a utilidade do tratamento coletivo, a superioridade em relação ao tratamento individual, em termos de economia e eficiência jurisdicional. Assim, sempre que verificados esses elementos no contexto das execuções individuais da sentença genérica, a concertação, vale dizer, a coletivização de atos executivos, estaria plenamente justificada.

A propósito, a respeito da economia e da eficiência processual, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 836, sugere que os atos executivos devem levar em consideração fatores econômicos, ao dispor que “não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”.

A concertação, como medida de gestão eficiente, tem a capacidade de contornar essas situações em que o produto da execução não compensa o seu custo direto, na medida em que a prática unificada dos atos reduz o custo global das diligências e maximiza as possibilidades de satisfação do crédito de um número expressivo de credores.⁷⁵⁷ Trata-se, na ótica da Análise Econômica do Direito

engavetamento de carros em uma rodovia. Nessas hipóteses, geralmente, a resolução de uma única questão prejudicial é bastante para a determinação da responsabilidade do requerido em todos os casos, uma vez que a totalidade das demandas se insere em um único contexto fático, qual seja, o do evento danoso. A propósito, a situação bem se identifica com uma das hipóteses em que é autorizado o litisconsórcio facultativo no ordenamento jurídico brasileiro. Nos casos em que há conexão de processos pela causa de pedir, uma vez que as pretensões se inserem em um mesmo contexto fático que lhes dá apoio, permite-se o litisconsórcio facultativo, com a consequente aglutinação das lides, em prol da solução coerente dos conflitos e da economia processual. Nesse sentido, ainda que em se tratando de relações jurídicas individualizadas, uma mesma questão nelas se repete e é relevante para solução do litígio, já que todas as relações estão amparadas nos mesmos pressupostos fáticos. (...)” Ainda, concluímos que o *estoppel* “pode ser útil para combater a rediscussão de questões repetitivas no contexto dos direitos individuais homogêneos, ainda que predominantemente de direito, uma vez que estão, em todos os casos, inseridas em uma hipótese fática idêntica. Novamente, a figura do litisconsórcio facultativo é útil para ilustrar o caso a partir do critério da afinidade de questões por pontos comuns de fato e direito: as questões, nesses casos, são absolutamente idênticas, ainda que não se refiram a um único ato. Logo, uma mesma cláusula abusiva em vários contratos de adesão, a cobrança inconstitucional de um tributo em razão de diferentes contribuintes ou a existência de um defeito em produtos de determinada série de produção, são hipóteses em que a questão prejudicial se constitui como elemento relacional entre demandas inseridas em um contexto maior e plurissubjetivo de repetitividade.” (FACHINELLO, João Antonio Tschá. Limites subjetivos da coisa julgada no novo CPC: a exegese do art. 506 a partir do non-mutual collateral estoppel. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.290, p. 155-188, abr. 2019).

⁷⁵⁷ Como ensinam Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, esse tipo de análise deve ser relacional, pois ainda que o processo coletivo ou, no caso, a prática coletivizada do ato, possa parecer mais complexo e mais cara, e normalmente o será, ela se justifica, já que somados os casos individuais, estes implicariam clara desvantagem (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 99).

normativa, uma solução eficiente, que reduz os custos diretos do procedimento e, ao mesmo tempo, mantém ou até aprimora o acerto e a justeza de seus resultados.

Um último ponto a ser considerado é o de que a centralização das execuções contra um mesmo devedor, em uma única vara, implica uma modificação temporária de competência territorial para a realização de atos expropriatórios e para o julgamento de eventuais controvérsias deles decorrentes. Apesar de autorizada pelo art. 69, § 2º, inc. VI, do CPC – já que não haveria razão para o legislador prever a centralização de processos se não fosse para possibilitar também a alteração da competência territorial para o julgamento desses mesmos processos, como bem percebeu Fredie Didier Jr.⁷⁵⁸ – a modificação do juízo competente no contexto das execuções de sentença condenatória genérica faz ressurgir duas preocupações já conhecidas no contexto da tutela coletiva. Primeiro, o fato de que a concentração de todos os pedidos de execução em um único juízo poderia acarretar o congestionamento do órgão jurisdicional e uma consequente queda no seu desempenho⁷⁵⁹. Segundo, a de que a centralização poderia prejudicar aqueles credores que tenham se utilizado da prerrogativa de promover a liquidação e a execução no foro de seu domicílio e não no juízo da demanda de conhecimento ou do devedor, onde, normalmente, se daria a concentração dos atos executivos.⁷⁶⁰

Antes de tudo, nos parece claro que a modificação da competência territorial deve levar em consideração sempre o melhor local para o cumprimento dos provimentos jurisdicionais, tendo em vista fatores como a proximidade com os bens do devedor, com a situação tutelada e com a maioria das vítimas, tudo visando conferir

⁷⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 99.

⁷⁵⁹ Nesse sentido, as ponderações certas de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “Seria factível e de boa política legislativa que se permitisse a acumulação, no mesmo órgão judicial, de, por exemplo, vinte ou cem mil liquidações individuais, ou mesmo de quantidades astronômicas, como um milhão de procedimentos de liquidação e execução? A resposta negativa parece ser imperativa, pois, do contrário, os juízos e tribunais das ações condenatórias, em processos coletivos, tornar-se-iam inviáveis, emperrando-se o andamento das próprias liquidações e execuções coletivas. Por outro lado, se as respectivas liquidações e execuções individuais forem propostas no foro do domicílio do liquidante enxquete ou mesmo no do liquidando-executado, sem a prevenção do juízo condenatório, ainda que em número significativo, a quantidade será diluída, tornando-se viável a prestação jurisdicional. (...) a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou preventivo para as demandas coletivas. (CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. p. 292-293)

⁷⁶⁰ A preocupação foi levantada, dentre outros, por Teori Zavascki, quando analisa a eventual concentração de todas as ações de cumprimento em um único juízo. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 179).

maior efetividade à execução. É nesse sentido, inclusive, que Marcelo Abelha Rodrigues defende o uso do critério do “local do dano”, previsto no art. 93, inc. I, CDC, também para a definição da competência territorial para a fase execução das sentenças coletivas genéricas, pois entende ser, geralmente, o local onde a decisão pode ser cumprida com mais efetividade.⁷⁶¹ No entanto, é evidente que a questão da possível sobrecarga do órgão designado para a gestão dos casos não pode ser ignorada no momento de planejamento da concertação.

A centralização das execuções, portanto, deve ser feita de forma eficiente, inclusive do ponto de vista panprocessual, a fim de evitar que os recursos destinados ao tratamento dos demais casos pelo órgão jurisdicional fiquem comprometidos, colocando em risco, em última análise, a efetividade do próprio mecanismo de coletivização. Em nosso entender, contudo, os atos executivos praticados serão bastante reduzidos, considerando a sua unificação, além da centralização não implicar, essencialmente, a redistribuição dos processos individuais afetados e a necessidade de analisá-los um a um. De qualquer modo, é claro que esse tipo de concertação demandará do juízo uma maior atenção para a gestão dos feitos submetidos à coletivização parcial, assim como da direção do foro, no que diz respeito à distribuição equânime de feitos perante o juízo centralizador.

Finalmente, no que concerne à garantia da vítima de propor a demanda de liquidação e de execução em seu domicílio, apesar de certamente necessária para a realização do acesso à justiça, é de se reconhecer que a regra não é perfeita, na medida que implica uma série de problemas relacionados à isonomia da tutela jurisdicional e à eficiência da atuação judiciária.⁷⁶² Não fosse o caráter de ordem pública atribuído às normas do Código de Defesa do Consumidor⁷⁶³, a pertinência da aplicação da norma seria facilmente questionável. A coletivização *ad actum*, na realidade, tem potencial para superar os problemas relacionados à aplicação dessa regra, sem que, para isso, seja necessário abrir mão da garantia processual conferida à vítima hipossuficiente, de demandar na localidade onde melhor possa exercer seu direito de ação, e do seu direito de participação no processo, de um modo geral. Para isso, é necessário que, no momento de coletivização, em que a condução do processo

⁷⁶¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 153-159.

⁷⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 126.

⁷⁶³ STJ. 2ª Turma. RESp 1419557/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 06/05/2014.

é afastada do juízo ao qual ele foi inicialmente distribuído, a possibilidade de participação dos interesses seja resguardada⁷⁶⁴, mesmo que indiretamente. Evidentemente, o deslocamento das vítimas até o juízo que irá gerir a execução é impraticável, razão pela qual os legitimados coletivos, previstos no rol do art. 82, CDC, assumem, novamente, um papel de extrema importância, de acompanhar, participar e conduzir os atos praticados de forma coletiva, garantido a inocorrência de prejuízos às vítimas.

Ressaltamos, por fim, que a competência territorial nas demandas relativas às relações de consumo é absoluta apenas quando o consumidor figura no polo passivo, de modo que não haveria impedimento para a alteração da competência em razão da centralização, no caso das execuções individuais, desde que assegurado que a modificação atua em favor do consumidor.⁷⁶⁵

O uso criativo e corajoso da concertação *ad actum* na execução, portanto, revela-se como um instrumento poderoso não apenas para a entrega do resultado material àqueles que foram efetivamente afetados pelo ato ilícito e danoso reconhecido na fase de conhecimento, mas, em especial, milita favoravelmente à eficiência do processo e da administração da justiça.

3.2.8 A possibilidade de conversão da obrigação de pagar em uma verdadeira reparação fluída: o Fundo de Defesa de Direitos Difusos como *ultima ratio*

Destacamos anteriormente a importância dos fundos reparatórios como expediente de dissuasão de comportamentos ilícitos e de reparação indireta no âmbito

⁷⁶⁴ MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80. Para esse autor “caberá ao juiz (...) em caso concreto, verificar se a reunião possa causar alguma restrição ao direito de acesso à Justiça”. Fredie Didier Jr. também assevera que “é necessário resguardar a participação de todos os interessados na efetivação dos atos, com a utilização das defesas e recursos cabíveis” (DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 97).

⁷⁶⁵ Para Fredie Didier Jr., “o ato concertado não poderá implicar alteração de competência absoluta”, apenas relativa. (DIDIER JR., Fredie. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 100). No âmbito das demandas consumeristas, a caracterização da competência como absoluta ou relativa depende diretamente da posição processual ocupada pelo consumidor. Isto é, quando o consumidor propõe a demanda, a competência do seu domicílio é relativa, nos moldes do art. 101, inciso I, do CDC. Ao passo que, quando o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, figura no polo passivo, a competência de seu domicílio é absoluta. Nesse último caso, permite-se a sua declinação de ofício pelo juiz (AgRg no AREsp 391.555/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 14/4/2015, DJe 20/4/2015). Assim, não haveria impedimentos para a concertação com modificação de competência nesse caso, visto que a vítima hipossuficiente figura sempre no polo ativo da execução.

do processo coletivo e dos danos em massa, tanto no direito estadunidense quanto no brasileiro, nas situações em que o número de interessados na reparação individual é desproporcional à extensão do dano causado. Como se afirmou, a hipótese ocorre sobretudo no caso das chamadas “ações de bagatela”, também conhecidas como *small claims* ou, na classificação de John Coffee Jr., ações de classe “tipo B”⁷⁶⁶, nas quais o dano é de baixa expressão econômica e a tutela individual reparatória é, geralmente, inviável⁷⁶⁷. Nesse contexto, os fundos atuam reprimindo a conduta da parte responsável, de forma eficiente e econômica, e produzindo, pelo menos em tese, algum benefício, mesmo que indireto, em favor do grupo atingido.

Na experiência brasileira, o mecanismo previsto no art. 100, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que destina o produto da indenização não reclamada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), tem sido duramente criticado pela doutrina por se mostrar incapaz de realizar a função reparatória atrelada à tutela coletiva dos direitos individuais de massa. Como se viu, há absoluta discrepância entre os direitos individuais violados e os interesses tutelados pelo Fundo, além de não haver aderência temática ou geográfica entre os danos e a destinação dos recursos arrecadados. Sendo assim, parece não restar outra alternativa senão decretar o insucesso do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, ao menos no que diz respeito à tutela reparatória de direitos individuais homogêneos.

Há pouco mais de uma década, Antonio Gidi sugeriu que, se o Fundo não apresenta os resultados desejados, a solução não deve ser a sua extinção ou a diminuição da sua atuação, mas a busca por mais transparência sobre as suas decisões.⁷⁶⁸ Nos dias atuais, mesmo após a publicação de diversos trabalhos que evidenciam a falta de efetividade do instrumento⁷⁶⁹ e não obstante a atuação cada vez

⁷⁶⁶ Segundo a classificação do autor “*Type A class actions* are those in which each claim would be independently marketable even in the absence of the class action device. By “marketable” I mean either that the client could convince an attorney to take the case on a contingent fee basis or that the client would herself pay the attorney on some other basis.” Em oposição, “*Type B class actions* are those in which no claim would be independently marketable.” (COFFEE, John C. The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action. **The University of Chicago Law Review**, v. 54, n. 3, p. 877-937, 1987, pp. 904-905)

⁷⁶⁷ Segundo Robert G. Bone, “because class members with only small amounts at stake seldom bother to claim their shares of a settlement fund, it is quite common for a large portion of the fund to be left over after an initial effort to distribute it to the class”. (BONE, Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 914).

⁷⁶⁸ GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008. p. 329.

⁷⁶⁹ Por todos, cite-se: VITORELLI, Edilson. **A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no direito brasileiro**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2011.

mais intensa dos órgãos de controle, a situação parece não ter se alterado. No último Relatório de Avaliação publicado pela Controladoria Geral da União, órgão federal de controle interno, concluiu-se que, do total arrecadado pelo Fundo no âmbito da tutela do consumidor e da concorrência nos anos de 2016 e 2017, apenas 0,1% do valor foi investido nestas linhas temáticas, e que, de um modo geral, “os recursos dispendidos não estão sendo prioritariamente aplicados na reparação específica dos danos causados, em descumprimento à Lei nº. 9.008/1985”.⁷⁷⁰ Além disso, ressalta-se, novamente, o caráter ontológico do problema, considerando que Fundo tem por finalidade legal a reparação de direitos difusos e coletivos unicamente (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.008/1995) e não de direitos individuais homogêneos.

Considerando a inaptidão dessa técnica processual para alcançar a tutela reparatória no âmbito dos direitos individuais homogêneos, cabe, então, ao Poder Judiciário, no cumprimento do comando constitucional de efetividade processual, encontrar formas de realizar, no caso concreto, as funções atribuídas ao processo coletivo.

Para isso, propomos a adoção de um tratamento judicial diferenciado aos litígios que envolvam danos de bagatela, no contexto da execução de direitos individuais homogêneos.⁷⁷¹ Nesses casos, proferida a sentença condenatória genérica, não há como esperar que a reparação dos danos ocorra na forma de um conflito entre privados, com a compensação de cada dano individual, através da manifestação de cada um dos atingidos. Nessas situações o dano é diminuto a ponto de perder qualquer expressão econômica individual, o que resulta no absoluto desinteresse das vítimas em buscar o seu ressarcimento. A destinação dos valores para o Fundo, após o prazo de 1 (um) ano, acaba sendo a única alternativa viável no modelo atual, caso em que a tutela reparatória dos indivíduos fica totalmente prejudicada. Diante desse cenário, entendemos que a função reparatória, no caso das ações de classe sobre danos de bagatela, merece uma abordagem especial no processo: ao invés de se supor o interesse das vítimas no recebimento das indenizações, para, na falta de habilitações, promover a medida residual de “*fluid*

770

https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/senacon/senacon___relatorio_de_auditoria_certificado_e_parecer_cgu_n_201800952_exercicio_2017.pdf

771 Já defendeu posição semelhante Márcio Flávio Mafra Leal, afirmando, contudo, a necessidade de o legislador especificar o que seriam danos de bagatela, a fim de permitir a sua remessa diretamente ao FDD. (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 297).

recovery”, nesses casos, deve-se, ao contrário, reconhecer a situação de desinteresse nas habilitações individuais, diante da inexpressividade do dano individual, promovendo-se, desde a prolação da sentença, a realização da tutela reparatória do grupo por via alternativa.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se o caso estadunidense, em que as *small claim class actions*, que correspondem às ações coletivas em questão, são normalmente acomodadas na lógica dos conflitos de interesse público, o que permite uma abordagem distinta sobre a sua atuação reparatória. Sob a ótica da *public law litigation*, as demandas de representação de classe são tidas principalmente como instrumentos de reprimenda do autor do dano coletivo, havendo, por isso, alta tolerância para remédios de reparação indireta da massa de consumidores.⁷⁷² Em razão disso, apesar de reconhecidamente inconsistentes com o modelo tradicional de litigância privada, defende-se, com apoio na função dissuasória, a certificação de *small claim class actions*, com baixa *ascertainability*, ou seja, em que os membros do grupo são parcamente identificados, confiando-se a tutela reparatória a mecanismos como o *cy près*.⁷⁷³ Uma vez reconhecida a responsabilidade do autor do ilícito, estes mecanismos promovem algum tipo de reparação indireta em favor das vítimas. Observe-se que, aqui – diferentemente do que ocorre no caso do art. 100, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro –, a função reparatória não é esquecida, apenas é compreendida de forma diversa.

Não há dúvidas de que, no Brasil, as ações de bagatela têm como principais objetivos evitar o enriquecimento ilícito do autor do dano e produzir um efeito

⁷⁷² GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims Consumer Class Actions. **DePaul L. Rev.**, v. 59, p. 305-332, 2009, pp. 309. Segundo Samuel Issacharoff, qualquer situação de danos em massa assume a qualidade e a dimensão de um litígio de interesse público, mesmo se tratando de milhares de demandas de reparação privada, sendo de responsabilidade das instituições oferecer soluções adequadas para o tratamento das pretensões e para a conclusão do litígio (ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. **La. L. Rev.**, v. 74, p. 397-431, 2013, pp. 409). Quando tratam de *public law litigation*, ambos os autores se referem ao trabalho de Abram Chayes, que distingue esse tipo de litígio daquele processo pensado para a resolução de disputas entre privados. Para Chayes, no caso dos litígios de interesse público, “a estrutura de partes é ampla e amorfa, sujeita a alterações no decorrer do litígio. A relação tradicional adversarial está impregnada e mesclada com processos de negociação e mediação em todos os momentos. O juiz é a figura dominante na organização e na orientação do caso e busca apoio não apenas das partes e de seus advogados, mas de uma ampla gama de terceiros auxiliares - mestres, especialistas e pessoal de supervisão. Mais importante, o juiz de primeira instância tem se tornado cada vez mais o criador e gerenciador de formas complexas de tutela, que têm efeitos generalizados em pessoas que não estão perante o tribunal e exigem o envolvimento contínuo do juiz na sua administração e implementação” (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harv. L. Rev.**, v. 89, p. 1281-1316, 1975, pp. 1284).

⁷⁷³ BONE, Robert G. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016, pp. 963.

dissuasório geral, a fim de evitar a repetição do ato antijurídico. Nem por isso, contudo, se justifica a destinação imprópria dos valores eventualmente arrecadados pela demanda coletiva ou, de um modo geral, o desleixe em relação à tutela reparatória dos danos individuais homogêneos sofridos. Desse modo, no contexto da ação coletiva, verificada a situação de múltiplos danos individuais, cada um expressando valor monetário pequeno ou ínfimo, e vislumbrada, desde logo, a inexecutibilidade da execução por habilitações, cabe ao magistrado empregar tratamento diferenciado daquele despendido à generalidade das ações coletivas, definindo a medida mais adequada para proteger o grupo de atingidos e reparar, da forma mais próxima possível, o direito violado.⁷⁷⁴ São alcançadas, de forma constitucional, a função dissuasória e reparatória a que se propõe a ação coletiva.

Poder-se-ia questionar eventual violação ao princípio da demanda, considerando que a tutela geralmente pleiteada nas ações de bagatela é a reparação pelo equivalente monetário, e que as formas de reparação indireta do grupo atingido normalmente envolvem o repasse dos valores a instituições terceiras, como no caso da *cy près*, ou mesmo obrigações de fazer, como no caso da *fluid recovery* com mecanismo de preços, ambas detalhadas no capítulo 3. Com efeito, a discricionariedade judicial e a mitigação da regra congruência, no que concerne à técnica de sentença, não são ilimitadas e absolutas, mas operam dentro da espécie de tutela pretendida pelo autor.⁷⁷⁵ Daí a importância, novamente, do legitimado coletivo, que pode e deve atuar na defesa dos interesses do grupo atingido, no sentido de garantir a concretização da função reparatória, pleiteando a medida mais adequada para tanto no caso concreto.

Observe-se que o art. 100, CDC, não impõe, apenas permite, que a execução coletiva em favor do Fundo seja promovida pelo legitimado coletivo, após um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano. Assim, o legitimado tem o dever de acompanhar o processo na fase de execução, e, caso

⁷⁷⁴ Segundo Carlos Alberto de Salles, o envolvimento e a proximidade do julgador com a situação concreta fazem com que o juiz seja a pessoa mais adequada para avaliar a medida mais adequada para a proteção dos direitos em jogo. (SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1999, p. 320-321). Nesse sentido, o Anteprojeto Original de Gidi previa em seu art. 24.1 que "caso a reconstituição ou reparação não seja possível, os recursos deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado, inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais".

⁷⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

vislumbrada a ausência de habilitações, ou buscar a conversão da indenização para o Fundo de direitos difusos e coletivos após o prazo de um ano, ou, preferencialmente, requerer outras medidas de reparação indireta das vítimas, que entenda adequadas, atingindo, ao mesmo tempo, a função dissuasória. Vale dizer, a legitimidade para pleitear a execução em favor do Fundo, prevista no art. 100, CDC, não modifica a legitimidade dos entes enunciados no art. 82, CDC para promover o cumprimento de sentença coletiva em favor dos indivíduos atingidos.

Além da atuação do legitimado coletivo, as inovações tecnológicas no campo do processo civil permitem a democratização da ação coletiva, através da participação ativa da classe atingida na escolha da melhor forma de reparação indireta. Torna-se, desse modo, a ação coletiva cada vez mais participatória.⁷⁷⁶ Mais do que apenas facilitar a notificação e a comunicação com os membros do grupo de vítimas, a tecnologia, principalmente a *internet*, viabiliza a participação da classe no processo decisório judicial de eleição da medida de reparação mais adequada, de maneira barata, eficiente e acessível. Um mecanismo *online* de votação, por exemplo, para a escolha, pelos membros da classe, da instituição recebedora do valor monetário pago pelo autor do ilícito, ou para a definição da melhor estratégia de compensação indireta por mecanismo de redução de preços do serviço relacionado, pode ser uma solução para legitimar a destinação dos recursos financeiros.⁷⁷⁷ Nessa hipótese, o juiz e as partes definiriam possíveis instituições receptoras do dinheiro ou possíveis opções de reparação fluida, e os membros da classe, notificados eletronicamente e a partir de um simples registro no “local” de votação, escolheriam a opção mais adequada.⁷⁷⁸ O método da votação, além de limitar a discricionariedade judicial e garantir que a reparação indireta, de fato, ocorrerá, ainda oferta à vítima o direito de votar, de decidir, que, por si só, serve como uma forma de compensação direta do indivíduo.⁷⁷⁹

Ressalvamos, uma vez mais, a possibilidade de o indivíduo liquidar e executar individualmente a sentença coletiva, demonstrando o seu prejuízo particular, já que a

⁷⁷⁶ CABRASER, Elizabeth J.; ISSACHAROFF, Samuel. The Participatory Class Action. **NYUL Rev.**, v. 92, p. 846-877, 2017, pp. 849-852.

⁷⁷⁷ DYK, Abraham B. A Better Way to Cy Pres: A Proposal to Reform Class Action Cy Pres Distribution. **NYUJ Legis. & Pub. Pol'y**, v. 21, p. 635-670, 2018, pp. 651-654. A sugestão é feita pelo autor no contexto da cy prês, também na intenção de legitimar esse instrumento, criticado por parte da doutrina estadunidense.

⁷⁷⁸ DYK, Abraham B. A Better Way to Cy Pres: A Proposal to Reform Class Action Cy Pres Distribution. **NYUJ Legis. & Pub. Pol'y**, v. 21, p. 635-670, 2018, pp. 655.

⁷⁷⁹ DYK, Abraham B. A Better Way to Cy Pres: A Proposal to Reform Class Action Cy Pres Distribution. **NYUJ Legis. & Pub. Pol'y**, v. 21, p. 635-670, 2018, pp. 660. O autor afirma ser intuitivo que o direito de voto, em qualquer situação, expressa algum valor, mesmo que não econômico.

decisão que determina forma de reparação indireta, mesmo que não tenha caráter propriamente condenatório, deverá necessariamente declarar a responsabilidade do autor do ilícito e reconhecer a obrigação de reparar danos, o que lhe confere executividade, nos termos do art. 515, I, CPC/2015.

Independentemente da forma de reparação direta adotada, o importante é tomar a reversão da indenização em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos como *ultima ratio*, como última alternativa para a destinação dos recursos financeiros. Vale dizer, a técnica prevista no art. 100, parágrafo único, do CDC, que sequer pode-se dizer reparatória, deve ser utilizada apenas quando não houver liquidações e execuções em número expressivo e, concomitantemente, não for possível utilizar nenhuma outra técnica de reparação dos atingidos, ainda que de forma indireta.

CONCLUSÕES

As reflexões lançadas neste trabalho permitem, dentre outras, as seguintes conclusões:

1. A efetividade constitui princípio fundamental do processo, encontrando apoio na cláusula geral do devido processo legal e no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, bem como em diversos dispositivos espalhados pelo Código de Processo Civil, a exemplo do art. 4º;

2. Para que um sistema de tutela jurisdicional possa ser considerado efetivo, deve proporcionar não apenas a cognição em grau suficiente para que se garanta a certeza dos direitos, mas também os meios necessários para a sua concreta satisfação;

3. Há relação de quase subordinação da técnica processual à efetividade da tutela do direito, a qual deve conduzir tanto a atividade de produção legislativa, quanto a de interpretação e aplicação do direito pelo Judiciário, no preenchimento de lacunas procedimentais;

4. A técnica da sentença condenatória, da forma como concebida e reproduzida na redação original do Código de 1973, além de incapaz de tratar de maneira adequada diversas situações de direito substancial e de proporcionar-lhes tutela na forma específica, estava necessariamente ligada aos meios de execução por sub-rogação previstos em lei. Ademais, prevalecia a concepção de que haveria uma separação estanque entre o chamado “processo de conhecimento” e o “processo de execução”, de modo que o início dos atos de execução dependeriam da propositura de uma demanda executiva. A condenação, portanto, era despida de efetividade prática;

5. A Lei nº 11.232/2005, que aboliu a ação autônoma executiva quanto à condenação ao pagamento de quantia certa, consolidou, de forma definitiva, o paradigma do sincretismo processual no direito brasileiro. Ainda que dispensada a instauração de um novo processo, a inauguração dos atos de sub-rogação dependia necessariamente do requerimento específico do credor, conforme o disposto no art. 475-J do CPC/1973. A redação transformadora do art. 139, IV do Código vigente pode apoiar a utilização de medidas diversas da execução por sub-rogação para o cumprimento de obrigações de pagar e, desse modo, levar à conclusão de que todas sentenças passaram a ter, ao menos potencialmente, executividade intrínseca;

6. Decorre da efetividade a possibilidade de o juiz, atuando como diretor do fenômeno processual, flexibilizar o procedimento legal considerado inadequado, adaptando-o às peculiaridades do caso concreto. A introdução da adaptabilidade entre os poderes do juiz é fruto de um movimento que visa tornar mais efetivo o processo, na sua tarefa de realização do direito material. Também é manifestação da efetividade a possibilidade de adaptação procedimental através da celebração negócios jurídicos processuais. A regra praticamente permite aos protagonistas do processo a construção do procedimento no caso concreto, inclusive no que diz respeito à execução e aos meios executivos;

7. A adequada interpretação do art. 139, IV do CPC/2015, que também representa avanço em termos de efetividade, permitiria o uso, dentre outros, da técnica mandamental para o cumprimento de obrigações de pagar, independente de pedido do credor.

8. Faz-se cada vez mais presente, dentro do discurso de efetividade da execução, a defesa da desjudicialização, que consiste na delegação de parte do exercício da atividade jurisdicional para órgãos ou pessoas não integrantes do Poder Judiciário. Entendemos pela possibilidade de delegação do exercício da atividade executiva também por meio de decisões judiciais ou de atos normativos judiciais, para órgãos públicos e para alguns particulares, inclusive no que diz respeito às competências decisórias, desde que, neste último caso, se mantenha a supervisão jurisdicional sobre os atos delegados;

9. Entendemos que também deve orientar a atividade judiciária a eficiência. O princípio constitucional da eficiência, previsto no caput do art. 37, CF, está direcionado à atividade administrativa e também jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário;

10. Decorre da eficiência a abordagem da justiça como um serviço público. Nessa lógica, deve-se racionalizar a atividade judicial, a fim de que os recursos disponíveis sejam distribuídos a cada caso de forma proporcional à sua complexidade.

11. A lógica da eficiência qualitativa deve dialogar com dois deveres: o de alcançar determinado fim proposto, o que em muito se aproxima à noção de efetividade, na perspectiva do processo como um meio para alcançar a tutela do direito material, e o de fazê-lo a partir do uso racional dos recursos disponíveis – isto é, de forma eficiente;

12. A Análise Econômica do Direito, sobretudo no seu eixo normativo, é

importante instrumento para a aferição da eficiência de sistemas legislativos, inclusive procedimentais. Transportando os instrumentos dessa doutrina para o direito brasileiro, com as devidas adaptações, pode-se afirmar que o processo mais eficiente é aquele que atinge decisões justas e efetivas e com menor custo possível;

13. O art. 8º, do CPC/2015 introduz uma verdadeira cláusula geral de eficiência para o processo, atribuindo a identificação de seus efeitos ao magistrado que a aplica, o que torna extremamente ampla a incidência dessa norma. Citamos as funções interpretativa, bloqueadora, integrativa e, finalmente, a de gestão processual. Essa última representa uma mudança paradigmática no papel do juiz, que passa a ser verdadeiro gestor do processo, devendo conduzir o feito da forma mais racional e eficiente possível;

14. A eficiência vista em uma dimensão “macro” abre possibilidade para a coletivização mediante atos de cooperação, em especial a partir de atos concertados, previstos no art. 69, § 2º, inciso VI, CPC. A concertação pode evitar a repetição de atos desnecessários e eliminar o risco de julgamentos divergentes sobre as mesmas ou idênticas questões de fato/direito, assumindo contornos análogos à técnica estadunidense do *multidistrict litigation*;

15. O binômio da efetividade e eficiência, portanto, deve nortear o funcionamento do Poder Judiciário e do processo, no sentido de realização do escopo maior do sistema de justiça, de tutela do direito material, da forma mais eficiente possível. A mesma lógica se aplica ao processo coletivo e, em especial, à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Ademais de constituírem fundamento para a tutela coletiva de direitos individuais, a eficiência e a efetividade são princípios clássicos do direito processual coletivo, além de comporem o microsistema de processos coletivos, por força do CPC/2015 e da Constituição Federal;

16. Verificamos que, via de regra, a procedência do pedido na ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos ensejará a prolação de uma sentença condenatória genérica, que se limita à fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados, sem que se identifiquem, desde logo, os indivíduos atingidos e seus respectivos prejuízos. Concluímos que, no plano horizontal, a cognição nessa sentença limita-se à verificação da existência de responsabilidade do réu quanto aos danos concretos que atingem uma coletividade de indivíduos e, quanto à profundidade, a procedência da demanda pressupõe cognição ampla ou exauriente e encerra um juízo definitivo. Concluímos também que a sentença condenatória

genérica do art. 95 do CDC não presta verdadeiramente a tutela ressarcitória, limitando-se apenas a declarar um de seus pressupostos e que não há propriamente condenação, porque essa pressupõe todos os requisitos necessários para a atividade de execução, salvo a definição do *quantum debeatur*;

17. Quanto à liquidação individualizada da sentença coletiva, concluímos tratar-se de modalidade *sui generis*, já que, além da quantificação dos prejuízos, a sentença liquidatória deverá definir parte do *an debeatur*, relativa à existência do dano individualmente sofrido pela vítima e ao nexo causal deste com o dano geral reconhecido pela sentença genérica. Concluímos que, ainda que o CDC trate da possibilidade de liquidação ou execução por representação dos legitimados coletivos, estas sempre serão, na realidade, individualizadas;

18. Tratamos, como gargalos desse modelo de liquidação e execução, do individualismo que domina a fase de efetivação da decisão, que ocorre de forma totalmente atomizada, trazendo de volta a situação de desequilíbrio entre os sujeitos do processo, o risco de decisões contraditórias e a ineficiência do tratamento individualizado das pretensões. Destacamos também, a partir dos aportes de Análise Econômica positiva, a falta de incentivos para a liquidação individual da sentença coletiva, diante da necessidade instauração de um novo processo de conhecimento, o que representa uma exceção ao movimento de sincretismo processual e de efetividade. Alertamos também para a ausência de regramento específico sobre a publicidade da sentença condenatória, o que conduz a um déficit informacional do grupo atingido e dificulta ainda mais a liquidação da sentença, situação que pode se beneficiar da atuação colaborativa de todos os sujeitos do processo no sentido de publicização da decisão coletiva;

19. Identificamos também, além de problemas pontuais relativos ao regramento do *fluid recovery* brasileiro, previsto no art. 100, do CDC, a sua incapacidade de realizar, ainda que de forma indireta, a tutela reparatória dos direitos do grupo atingido, considerando, primeiro, que o Fundo visa a recuperação de interesses difusos e coletivos, e não individuais homogêneos, e, segundo, a falta de aderência temática e geográfica entre os danos ocorridos e a destinação dos recursos arrecadados. A interpretação constitucional possível do art. 100 é a de que a reversão dos valores para o FDD deve operar como *ultima ratio*, sendo dever do legitimado buscar sempre a forma mais efetividade de reparação dos danos causados, ainda que de modo indireto;

20. Listados os problemas do modelo atual, estabelecemos algumas premissas para uma nova forma de encarar a tutela executiva ressarcitória de direitos individuais homogêneos. Primeiro, a de que o art. 95 do CDC deve ser visto como um permissivo para o uso da técnica da sentença condenatória genérica, quando essa se mostrar pertinente no caso concreto, sendo possível a flexibilização do procedimento e a utilização de outras medidas admitidas pelo microssistema de tutela coletiva quando mais adequadas para a consecução da tutela pretendida. Segundo, a de que o ente coletivo legitimado deve prezar pela reparação dos danos individuais ao longo de todo o feito, inclusive na fase de efetivação, possuindo legitimidade concorrente e coordenada com os indivíduos do grupo para promover o cumprimento da sentença em seu favor, de forma verdadeiramente coletiva. Terceiro, o uso cada vez maior de métodos autocompositivos pelos legitimados coletivos, também no âmbito dos direitos individuais homogêneos, com a possibilidade de adesão dos indivíduos ao acordo, além da utilização de instrumentos de negociação sobre o procedimento, visando adequá-lo às peculiaridades do caso concreto. Quarto, a introdução de novas tecnologias no processo, inclusive com a possibilidade de criação de sistemas *online* de resolução de disputas, de grande utilidade para a solução de casos coletivos, após reconhecida a responsabilidade do autor do ilícito, por sentença ou acordo. Quinto, a possibilidade de redução e de objetivização do *standard* probatório na sentença, o que tornaria o processo de definição das indenizações individuais muito mais simples para as vítimas e mais eficiente para o Judiciário;

21. Listamos, ainda, algumas técnicas específicas aptas a outorgar efetividade e eficiência à tutela de direitos individuais homogêneos. Primeiro, sempre que possível, o juiz deve priorizar uma condenação líquida ou, pelo menos, uma sentença que já contemple as situações fáticas individuais na maior extensão possível;

22. Segundo, a adoção da técnica mandamental e o uso de medidas coercitivas pode ser útil nos casos de sentenças líquidas, atribuindo-se ao réu o dever de distribuir as respectivas indenizações aos indivíduos, ou mesmo, nos casos em que o réu tenha capacidade inequívoca de liquidar a sentença, identificando as vítimas e efetuando o cálculo de suas indenizações, com base em informações próprias, situação em que a atividade de liquidação aparece como obrigação lateral ao ressarcimento;

23. Terceiro, entendemos possível a determinação, inclusive com a adoção

de técnicas mandamentais, de providências ao réu coletivo para que, de forma extrajudicial e administrativa, receba habilitações e distribua indenizações às vítimas de violações massivas a direitos individuais;

24. Quarto, cogita-se a delegação de atividades relacionadas à liquidação e à execução de sentenças coletivas sobre direitos individuais homogêneos, de modo a instituir um esquema de atuação semelhante ao do administrador judicial da Lei 11.101/2005 e, de um modo geral, uma estrutura análoga à do procedimento de execução concursal falimentar;

25. Quinto, a *claim resolution facility* também pode se consolidar como uma das possíveis técnicas para o tratamento adequado e eficiente de pretensões individuais homogêneas no sistema brasileiro, podendo decorrer da celebração de um acordo ou de uma sentença condenatória que reconheça a responsabilidade por danos em massa, na forma do art. 95, do CDC;

26. Sexto, os atos concertados previstos no art. 69, § 2º, incisos VI e VII, CPC poderiam servir como instrumentos de coletivização parcial do processo, de modo que algumas questões, que normalmente seriam enfrentadas de forma individual, na fase de execução da sentença coletiva genérica, passem a receber um tratamento conjunto;

27. Sétimo, a função reparatória, no caso das ações de classe sobre danos de bagatela, merece uma abordagem especial no processo. Assim, ao invés de se supor o interesse das vítimas no recebimento das indenizações, para, na falta de habilitações, promover a medida residual de “*fluid recovery*”, nesses casos, deve-se, ao contrário, reconhecer a situação de desinteresse nas habilitações individuais, diante da inexpressividade do dano individual, devendo o legitimado promover, desde a prolação da sentença, a realização da tutela reparatória do grupo por via indireta, alternativa. Novamente, destaca-se que o art. 100, CDC, não impõe, apenas permite, que a execução coletiva em favor do Fundo seja promovida pelo legitimado coletivo, após um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, p. 127-139, 2005, pp. 128.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribucion al estudio de los fines del proceso. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1970.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O microssistema de tutela jurisdicional coletiva (CDC e LACP) como conjunto de normas de superdireito processual coletivo. **MPMG Jurídico**, 2005.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4078>. Acesso em: 18 de Novembro de 2020.

ANDREATINI, Livia Losso. A penhorabilidade das quotas sociais de sociedades limitadas: uma análise do artigo 861 do CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 43, n. 281, p. 241-255, jul. 2018.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Efetividade do processo de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v.11, n.44, p.21-30, dez. 1986.

_____. Notas sobre liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v.72, p. 16-24, out-dez. 1993.

_____. Procedimento: formalismo e burocracia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resoluções online de controvérsias: tecnologias e jurisdições**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019.

_____. **A tutela coletiva dos interesses individuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2014.

_____. Acesso à Justiça: relatório brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 6, p. 15-36, 2017.

_____. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013, p. 389-410.

_____. **O tema 1.075, do STF, e os limites territoriais da coisa julgada coletiva**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340811/o-tema-1-075-e-os-limites-territoriais-da-coisa-julgada-coletiva>>. Acesso em: 12 de março de 2021.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “É ruim mas eu gosto”? **Revista jurídica da escola superior de advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 01, p. 31-63, 2018.

_____; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. In: **Revista de Processo**. v. 310, p. 173-201, Dez/2020.

_____; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. **IJPL**, v. 4, p. 178, 2014.

_____; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo et al. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 88, p. 11-33, jul./ago. 2019.

ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, p. 111-113.

_____. **Manual da Execução**. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, 2005. p. 24.

_____. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, ano 43, v. 282. São Paulo: RT, ago. 2018, p. 113-139.

AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 159-174, 1990.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 34, n. 169, p. 116-139, mar./2009, p. 131.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, 1995, p. 197-208.

_____. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: **Temas de direito processual**: 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Forense, 2012.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BOIES, Wilber H.; HANEY KEITH, Latonia. Class Action Settlement Residue and Cy Pres Awards: Emerging Problems and Practical Solutions. **Va. J. Soc. Pol'y & L.**, v. 21, p. 267, 2014.

BONE, Robert G. **The economics of civil procedure**. The Oxford Handbook of Law and Economics, v. 3, 2003.

_____. Justifying Class Action Limits: Parsing the Debates over Ascertainability and Cy Pres. **U. Kan. L. Rev.**, v. 65, p. 913-963, 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRAKEL, Samuel Jan. Special Masters in Institutional Litigation. **Law & Social Inquiry**, v. 4, n. 3, p. 543-569, 1979.

BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: Extending the judiciary or reshaping adjudication. **U. Chi. L. Rev.**, v. 53, p. 394-423, 1986.

BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de administração pública**, v. 34, n. 4, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese de Titularidade – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

_____. ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRASER, Elizabeth J.; ISSACHAROFF, Samuel. The Participatory Class Action. **NYUL Rev.**, v. 92, p. 846-877, 2017.

CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. Trad. Daniel Mitidiero, Bibiana Gava, Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Ed. RT, 2017.

CAHALI, Claudia Elizabete Schwerz. **O gerenciamento de processos judiciais**: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CALABRESI, Guido; SCHWARTZ, Kevin S. The costs of class actions: allocation and collective redress in the US experience. **European journal of law and economics**, v. 32, n. 2, p. 169-183, 2011.

CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. In: **Opere giuridiche–Volume IV**: Istituzioni di diritto processuale civile. Roma TrE-Press, 2019.

_____. La Condanna “generica” ai danni. In: **Opere giuridiche–Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019.

_____. La Condanna. In: **Opere giuridiche–Volume V**: La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove. Roma TrE-Press, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Lições de direito processual civil**: v. 2., 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos**: lendo o art. 139, IV, do CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 253-263.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew. **The foundations of positive and normative economics**: a handbook. Oxford University Press, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, ano 19, n. 74, p. 82-97, 1994.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, André Pereira de et al. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. FGV, 2019.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A execução/cumprimento de sentença no processo coletivo. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v.72, n.12, p.1474, dez. 2008.

CHASE, Oscar G. **Law, Culture and Ritual**. Disputing Systems in Cross-Cultural Context. NY Univ. Press, 2005.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harv. L. Rev.**, v. 89, p. 1281-1316, 1975.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1943.

_____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. I. p. 102-119.

CINTRA, Antônio de Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores,

2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 3: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COFFEE, John C. The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action. **The University of Chicago Law Review**, v. 54, n. 3, p. 877-937, 1987.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. **Rivista di diritto processuale**, v. 49, n. 2, 1994.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade. Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, p. 38-68, 2016.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal**. Buenos Aires, Depalma, 1958.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 77, 1995, p. 224-235.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista de processo**. 2014.

_____. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DENTI, Vittorio. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. Milano: Giuffrè, 1953.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 19, n. 2, 2018, p. 118-148.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10. ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**. 17. ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.

_____; et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2017.

_____; et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 356, §1º, CPC. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 329-371.

_____. **Cooperação judiciária nacional** – esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n.º 9. Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p. 226-238.

_____; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 39, v. 229, p. 273-280, mar. 2014.

_____; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. In: **Revista de Processo**. v. 275, p. 193-228, 2018.

_____; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais** – dos procedimentos às técnicas. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in: ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 9, 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. As três figuras da liquidação de sentença, **Fundamentos do processo civil moderno**. v.2, 5. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002, p.1233-1266.

_____. **Execução Civil**. 7 Ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. 4 ed. Malheiros Editores. 2004.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, nº 81, 1996, p. 54-81.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa**: diretrizes e limites de aplicação. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

DURAND, Anna L. An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms. **Stanford Law Review**, p. 173-201, 1981.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. Acordos e tutela coletiva: algumas reflexões a partir do TAC no caso do vazamento de dados da Netshoes. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 10, jul./dez. 2019, p. 85-112.

_____. Limites subjetivos da coisa julgada no novo CPC: a exegese do art. 506 a partir do non-mutual collateral estoppel. **Revista de Processo**, São Paulo, v.44, n.290, p. 155-188, abr. 2019.

_____. **Os limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015**: análise comparativa a partir da doutrina do collateral estoppel. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Editora Lumen Juris, 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. de Eliane Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for Complex Litigation Third**. New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1995, p. 225.

FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shield Claimants Trust. **Law and Contemporary Problems**, v. 53, n. 4, p. 79-112, 1990.

FELLOWS, Mark A.; HAYDOCK, Roger S. Federal Court Special Masters: A Vital Resource in the Era of Complex Litigation. **William Mitchell Law Review**, v. 31, n. 3, p. 15, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Acesso à justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Editora FGV, 2010.

FERREIRA, Gabriela Macedo. O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro. **Civil Procedure Review – Ab Omnibus Pro Omnibus**, v.10, n.3: set.-dez. 2019. p. 11-48.

FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. **O compartilhamento de competências e os atos concertados entre juízes**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

FIGUEIREDO, Ricardo. Gestão processual: mecanismos de efetividade e celeridade da atividade jurisdicional. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out/dez 2011

FIGUEIREDO, Owen M. Against settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984.

_____. **Um novo Processo Civil**. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004.

FITZPATRICK, Brian T. Do Class Actions Deter Wrongdoing? **Vanderbilt Law Research Paper Nº 17-40**, August, 2017.

FIGUEIREDO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. London: Hart Publishing, 2003.

FIGUEIREDO, Kevin M. What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds-Almost Anything. **Judges J.**, v. 35, p. 19, 1996.

FIGUEIREDO, Tainá. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de “desjudicialização” na resolução de conflitos. **Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs**. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://ab2l.org.br/como-o-mercado-livre-atingiu-989-de-desjudicializacao-na-resolucao-de-conflitos/>> Acesso em: 8 de abril de 2021.

FIGUEIREDO, Luiz; FIGUEIREDO, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade

de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019.

GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, v. 953, p. 223-257, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. O processo coletivo refém do individualismo. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 133-157, 2016.

_____; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, p. 135-163, 2020.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015.

_____. Why the "haves" come out ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. **Coleção Repercussões no Novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016.

GENSLER, Steven S. Judicial case management: caught in the crossfire. **Duke Law Journal**, p. 669-744, 2010.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2008.

GILLES, Myriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims

Consumer Class Actions. **DePaul L. Rev.**, v. 59, p. 305-332, 2009.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

GONÇALVES, Marco Carvalho. **Lições de Processo Civil Executivo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: MINAMI, Marcos Youji; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Medidas Executivas Atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 11. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. p. 395-420.

_____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único/; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga.—. 2019.

_____. A comparison of the class action for damages in the american judicial system to the brazilian class action: the requirements of admissibility. **BRICS Law Journal**, v. 2, p. 33-49, 2015.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7-24.

_____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos**, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

_____. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta jurídica, 2016.

_____. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98-102, 1986.

HARMAN, Gilbert H. The inference to the best explanation. **The philosophical review**, v. 74, n. 1, p. 88-95, 1965.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HENSLER, Deborah R. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 175-188, 1990.

_____; et al. **Class action dilemmas**: Pursuing public goals for private gain. Rand Corporation, 2000.

_____. The globalization of class actions: an overview. **The annals of the american academy of political and social science**, v. 622, n. 1, p. 7-29, 2009.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. **Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil**: entre a fluid recovery, a cy pres e os fundos. Curitiba, 2017, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

ISSACHAROFF, Samuel; KLONOFF, Robert H. The Public Value of Settlement. **Fordham L. Rev.**, v. 78, p. 1177- 1202, 2009.

_____; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. **La. L. Rev.**, v. 74, p. 397-431, 2013.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2018.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, p. 1471-1550, 1998.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: An economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, n. S1, p. 307-401, 1994.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. Harvard Law School. **Handbook of Public Economics**, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. Elsevier Science B. V, 2002.

_____. **Fairness versus welfare**. Harvard University Press, 2009.

KATSH, Ethan. Online dispute resolution. In: **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005, p. 425-437.

_____; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital justice**: technology and the internet of

disputes. Oxford University Press, 2017.

KLERMAN, Daniel. The economics of civil procedure. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 11, p. 353-371, 2015.

KLONOFF, Robert. **Class actions and other multi-party litigation in a nutshell**. West Academic, 2012.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001

KOSSMANN. **A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: LORENCINI, Marco Antônio G.L.; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Org.). **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012, p. 57 – 85.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, Érica. Barbosa e. Análise crítica da liquidação e execução na tutela coletiva. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela Coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Paulo Henrique dos Santos coord. São Paulo: Atlas, 2006, p. 163-184.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015.

MANDRIOLI, Crisanto. **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano: Giuffrè, 1953.

_____; CARRATTA, Antonio. **Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali**. 11. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013. v. 1.

MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, v. 17, p. 221-258, 2019.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 17a. ed. São Paulo: Gen Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**: de acordo com o CPC/2015. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2018.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 5, out/dez 2019, p. 01-38.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Springer Science & Business Media, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas. **MPMG Jurídico**, 2006.

MCGOVERN, Francis E. Distribution of Funds in Class Actions-Claims Administration. **J. Corp. L.**, v. 35, p. 123-134, 2009.

_____. The what and why of claims resolution facilities. **Stan. L. Rev.**, v. 57, p. 1361-1389, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. **Revista de Processo**. v. 249. nov. 2015. pp. 59-80.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

_____; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 41-64, ago. 2013.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904.

MICELI, Thomas J. **The social versus private incentive to sue**. Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

MILLER, Geoffrey P. The legal-economic analysis of comparative civil procedure. American. **Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 45, n. 4, p. 905, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. et al. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Negociações público-privadas: sob a lei, mas para além do texto da lei. **Gazeta do Povo**, 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/negociacoes-publico-privadas-sob-a-lei-mas-para-alem-do-texto-da-lei/>; Acesso em: 31 de agosto de 2020.

MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Bloomsbury Publishing, 2004.

NADAL, Caroline Paglia. **O acesso à ordem jurídica justa e os limites da**

desjudicialização de conflitos. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v.7. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAGAREDA, Richard A. **Mass torts in a world of settlement.** University of Chicago Press, 2008.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 184, p. 109-140, junho/2010.

_____. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização-paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. **Direito jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais**, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 26, n. 26, 2006, p. 59-88.

OSNA, Gustavo. **Direitos Individuais Homogêneos: Pressupostos, Fundamentos e Aplicação no Processo Civil.** São Paulo: Ed. RT, 2014.

PASCHOAL, Thais Amoroso. **Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual.** Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro.** Salvador: JusPodivm, 2021.

PETERSON, Mark A. Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. **Law & Contemp. Probs.**, v. 53, p. 113-136, 1990.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973.

_____. **Economic analysis of law.** Wolters Kluwer. Law & Business. 3 ed. 1986.

_____. **The economics of justice.** Harvard University Press, 1983.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6 ed., Napoli: Jovene, 2014.

PUGLIESE, William Soares; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. A reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seus impactos sobre a unidade do direito nas decisões judiciais. In: VITORELLI, Edilson et al. **Coletivização e unidade do direito-Vol. II**. Editora Thoth, 2020. p. 737-754.

RAGONE, Álvaro Pérez. La revalorización de la eficiencia en la justicia civil. **Revista de Processo Comparado**. vol. 8. ano 4. p. 159-192. São Paulo: Ed. RT, jul. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REDISH, Martin H.; JULIAN, Peter; ZYONTZ, Samantha. Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis. **Fla. L. Rev.**, v. 62, p. 617, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2013.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. Editora Quartier Latin do Brasil, 2018.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. São Paulo: 2012. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Termo de Ajustamento de Conduta**: a construção de uma solução extrajudicial de conflitos transindividuais democráticos. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

_____. **Manual de execução civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROHENKOHL, Pedro Fernandes. **Cooperação Judiciária Nacional e preservação de empresas**: uma análise do art. 69, §2º, IV, do CPC. 2019. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador: 2019.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC**: Processo Coletivo, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 157-185, 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de

Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Execução judicial em matéria ambiental**. São Paulo: RT, 1999.

SALLES, Carlos Alberto de. Injunctions e Contempt of Court em Defesa do Meio Ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela coletiva**: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-109.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to civil justice and race, class, and gender inequality. **Annual review of sociology**, v. 34, p. 339-358, 2008.

SANDER, Frank EA. Varieties of Dispute processing, 70F. In: **RD (The Pound Conference)**, 1976.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. A legitimidade do Ministério Público na liquidação e na execução das sentenças genéricas que tutelam direito individual homogêneo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 501-534, fev. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 3. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SATTA, Salvatore. **L'esecuzione forzata**. Torino: UTET, 1950

SCHEINDLIN, Shira. We Need Help: The Increasing Use of Special Masters in Federal Court. **DePaul L. Rev.**, v. 58, p. 479-486, 2008.

SCHENKEL, Carolina Trentini. Defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: a legitimidade do Ministério Público na liquidação e execução de sentenças condenatórias genéricas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 299, p. 213-228, jan. 2020.

SCORPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 300, p. 49-72, fev., 2020.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. A nova liquidação de sentença e suas velhas questões. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais da nova execução**. São Paulo: RT, v. 4, p. 210-239, 2009.

_____. Breve histórico legislativo e doutrinário da dicotomia cognição e execução no sistema processual brasileiro – autonomia ou sincretismo? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (orgs.). **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 617-667.

_____. Notas sobre a efetividade da execução civil. In: ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti. **Execução Civil e temas afins**. São Paulo: RT, 2014. p. 489-509.

_____. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 61-89, jun. 2012.

SILVA, Érica Barbosa. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. **Revista dos Tribunais**. vol. 82. n. 692. p. 40-47. São Paulo: RT, jun. 1993.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. 2010.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The quarterly journal of economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

STANCIL, Paul. The Problem with One-Size-Fits-All Procedure, **Fla. St. U. L. Rev.** 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **CONJUR**, Senso incomum. 26/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>>. Acesso em: 14/01/2021.

_____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de informação legislativa**, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015, pp. 33-51.

SUBRIN, Stephen N. The Limitations of Transsubstantive Procedure: An Essay on Adjusting the One Size Fits All Assumption. **Denv. UL Rev.**, v. 87, p. 377-406, 2009.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and The Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords). **Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo**, v. 8. Salvador: JusPodivm, p. 109-133, 2016.

_____. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução. in: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer** – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 15, n. 59, p. 72-97, 1990.

_____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, v. 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007.

_____. **Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation**. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (coords.). Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A certificação coletiva**: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia o devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. Alguns aspectos processuais da nova lei de falências. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 385, p. 101-112, maio/jun, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil** - vol. III. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 26. ed. São Paulo: Editora Leud, 2009.

TIDMARSH, Jay. **Class Actions: Five Principles to Promote Fairness and Efficiency**. LexisNexis, 2013.

TIDMARSH, Jay. Cy Pres and the Optimal Class Action. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 82, p. 767, 2013.

UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world. In: **Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**. Springer, Cham, 2014. p. 3-31.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **O problema conceitual da tutela coletiva**: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de Lei nº 5.130/2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/43997970/O_Problema_Conceitual_da_Tutela_Coletiva>. Acesso em 11 de Fevereiro de 2021.

_____. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**. v. 251, p. 391-426, 2016.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VITORELLI, Edilson. **A execução coletiva pecuniária**: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no direito brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2011.

_____. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. **JOTA**, 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

_____. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. **Grandes temas do novo CPC**—Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. O calvário da execução coletiva: avanços e retrocessos no caminho da efetividade. In: **III Jornada de direito processual civil**/Tribunal Regional Federal da 1 a Região, Escola de Magistratura Federal da 1a Região. — Brasília: ESMAF, 2014.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação da sentença civil**: individual e coletiva. 5.

ed. São Paulo: RT, 2013.

WASSERMAN, Rhonda. Cy Pres in Class Action Settlements. **S. Cal. L. Rev.**, v. 88, p. 97, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Dpj, 2005. p. 684-690.

_____. **Da cognição no processo civil**. 2 ed., Campinas: Bookseller: 2000.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Execução civil** – Novos perfis. São Paulo: Editora RCS, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ZIMMERMAN, Adam S. Distributing Justice. **NYUL Rev.**, v. 86, p. 500-572, 2011.

ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In. **Journal of Law and Society**. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995.